

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**RENATA MENDES SANTA MARIA**

**O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

**As dimensões do conflito entre o direito à moradia adequada  
e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no  
espaço urbano brasileiro.**

**São Leopoldo**

**2007**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**RENATA MENDES SANTA MARIA**

**O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

**As dimensões do conflito entre o direito à moradia adequada  
e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no  
espaço urbano brasileiro.**

Dissertação de Mestrado apresentada  
no Programa de Pós Graduação em  
Direito da Universidade do Vale do Rio  
dos Sinos - UNISINOS, como requisito  
parcial à obtenção do grau de mestre.

**Orientador : Prof. Dr. Rodrigo Stumpf González**

**São Leopoldo**

**2007**

S231c

Santa Maria, Renata Mendes

O conflito entre direitos fundamentais: as dimensões do conflito entre o direito à moradia adequada e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no espaço urbano brasileiro./ por Renata Mendes Santa Maria. --2008.

175 f . : il. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.

“Orientação: Prof. Dr. Rodrigo Stumpf Gonzállezos, Ciências Jurídicas.”

1. Direitos humanos - Moradia. 2. Direito ambiental. 3. Espaço urbano. 4. Direitos humanos - Direito ambiental - Moradia - Conflito. I. Título.

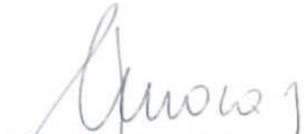
CDU 342 737

Catálogo na Publicação:  
Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

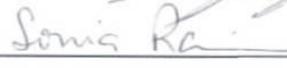
A dissertação intitulada: “*O Conflito entre Direitos Fundamentais: as dimensões do conflito entre o direito à moradia adequada e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no espaço urbano brasileiro*”, elaborada pela aluna Renata Mendes Santa Maria, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

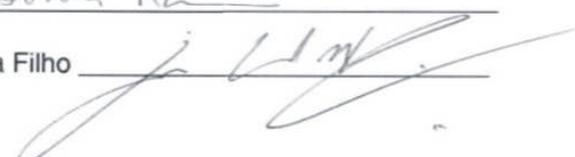
São Leopoldo, 20 de agosto de 2007.

  
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,  
Coordenador Executivo  
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Rodrigo Stumpf González 

Membro: Dra. Sonia Maria Ranincheski 

Membro: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho 

Dedico este trabalho ao meu querido avô Breno Mendes (in memoriam) como forma de gratidão pela sua inestimável contribuição para minha vida, dentro e fora do direito. (Mesmo sabendo que todos os trabalhos do mundo seriam insuficientes para lhe prestar a merecida homenagem).

## AGRADECIMENTOS

A realização desta dissertação não seria possível sem a valiosa ajuda de algumas pessoas que souberam se fazer presentes (ou ausentes) no momento necessário, tornando mais suave a tarefa de redigir este trabalho.

Primeiramente, agradeço ao meu marido Ricardo (amor desta vida e de tantas outras), simplesmente por existir e tornar a minha existência mais bela. Obrigada pela compreensão e pela presença silenciosa nesses meses de intensa produção.

Agradeço a ajuda da minha querida mãe, minha grande amiga, por todo amor e preocupação que sempre foram dedicados a mim. Também expresso a minha gratidão a todos os meus familiares que, por brevidade, não irei aqui nomear, com exceção de minha prima Michelle e minha avó Yolanda (vocês sabem o porquê).

Por fim e não menos importante, agradeço ao meu orientador **Prof. Dr. Rodrigo Stumpf González**, que me brindou com toda sua sabedoria e notável senso de justiça social. Agradeço pela disponibilidade e interesse demonstrados ao longo desses nove meses de orientação e, sobretudo, pelo exemplo de comprometimento com a docência e com a pesquisa, fonte de inspiração para aqueles que estão dando os primeiros passos na trajetória acadêmica. Na sua pessoa, estendo os agradecimentos ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, pela excelência e qualidade do programa de mestrado e do corpo docente.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>RESUMO.....</b>   | <b>08</b> |
| <b>ABSTRACT.....</b>   | <b>09</b> |
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>10</b> |
| <b>1 HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO E POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>                               | <b>15</b> |
| 1.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948 E A IMPORTÂNCIA DA ONU.....                          | 20        |
| 1.2 DIMENSÕES DE DIREITOS.....   | 26        |
| 1.3 RECONHECIMENTO DO DIREITO AMBIENTAL.....   | 30        |
| <b>1.3.1 Globalização e Sociedade de Risco.....</b>  | <b>38</b> |
| <b>1.4 RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA .....</b>   | <b>42</b> |
| <b>2 OS MOVIMENTOS SOCIAIS E A CONQUISTA DOS DIREITOS .....</b>  | <b>47</b> |
| 2.1 A LUTA PELA DEFESA DO MEIO AMBIENTE : ANTROPOCENTRISMO X BIOCENRISMO.....                              | 50        |
| 2.1.1 O Movimento Ambientalista no Mundo.....  | 56        |
| 2.2 LUTA PELA MORADIA – UMA QUESTÃO LOCAL .....  | 59        |
| <b>3 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....</b>                       | <b>64</b> |
| 3.1 DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS.....   | 64        |
| 3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO.....  | 65        |
| 3.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....  | 68        |
| <b>3.3.1 A inserção do direito à moradia no texto constitucional .....</b>                                 | <b>73</b> |
| <b>3.3.2 Preservação do Meio Ambiente: direito e dever fundamental .....</b>                               | <b>78</b> |
| <b>3.3.3 Quadro comparativo dos dois direitos fundamentais.....</b>  | <b>83</b> |
| 3.4 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....   | 84        |
| <b>3.4.1 Princípio da Proibição de Retrocesso e Mínimo Existencial.....</b>                                | <b>89</b> |
| <b>3.4.2 A Reserva do Possível.....</b>  | <b>95</b> |
| <b>4 A REGULAMENTAÇÃO DA MORADIA E DO MEIO AMBIENTE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA .....</b> | <b>98</b> |
| 4.1 AS CIDADES: PONTO DE INTERSECÇÃO ENTRE MORADIA E MEIO AMBIENTE.....                                    | 99        |

|   |            |
|---|------------|
| 4.2 FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....   | 104        |
| 4.3 LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO .....  | 108        |
| 4.4 ESTATUTO DA CIDADE.....   | 111        |
| <b>4.4.1 A Defesa da Moradia através da Regularização Fundiária .....</b>   | <b>116</b> |
| 4.5 CÓDIGO FLORESTAL.....   | 121        |
| <b>4.5.1 Código Florestal e as Áreas Urbanas .....</b>  | <b>126</b> |
| 4.6 SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO .....   | 131        |
| <b>5 O CONFLITO ENTRE O DIREITO À MORADIA E O DIREITO AMBIENTAL NO<br/>ESPAÇO URBANO – ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO.....</b> | <b>136</b> |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>   | <b>146</b> |
| <b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....</b>  | <b>161</b> |
| <b>ANEXOS.....</b>  | <b>171</b> |

## LISTA DE FIGURAS

|   |     |
|---|-----|
| Foto I: Foto aérea dos limites do Parque Natural Morro do Osso .....  | 172 |
| Foto II: Parque Morro do Osso e Rio Guaíba .....  | 172 |
| Foto III: Ocupação da comunidade indígena Kaingang na unidade de conservação .....  | 173 |
| Foto IV: Foto aproximada da ocupação .....  | 173 |
| Foto V: Área do Parque impactado pela construção das moradias e banheiro químico instalado no local por determinação do Ministério Público..... | 174 |
| Foto VI: Cipós retirados das árvores que servem de matéria-prima para os índios a confecção de artesanato .....                                 | 174 |

## RESUMO

A presente dissertação tem por objeto o estudo do conflito entre o direito à moradia e o direito ambiental à luz do direito constitucional brasileiro e da teoria dos direitos fundamentais. Antes da tutela constitucional, analisaremos o processo de afirmação histórica dos direitos humanos, através do reconhecimento das três diferentes dimensões de direitos. Na pesquisa, destacaremos a relevante atuação da ONU na formação do sistema internacional de direitos humanos. O direito à moradia se insere na segunda dimensão dos direitos humanos e se consolida com a superação do Estado Liberal e o advento do Estado Social de Direito. O direito ao meio ambiente teve seu reconhecimento mais tarde no cenário internacional, após a segunda guerra mundial, tendo como ponto de partida os tratados para não utilização de armas nucleares. Os direitos humanos, antes de integrarem o sistema internacional e o ordenamento interno dos Estados, são anunciados na forma de movimentos sociais. Assim, observaremos a participação da sociedade civil e a importância de suas lutas para a implementação dos direitos aqui estudados. Na perspectiva da Constituição Federal de 1988, verificaremos a eficácia do direito à moradia, antes e depois da inserção formal no texto constitucional em 2000 e a eficácia do direito ambiental, direito alçado ao *status* de direito fundamental, em razão do sistema aberto da Constituição de 1988. O eixo central deste trabalho é a análise da contraposição entre o direito à moradia adequada e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no espaço urbano, sob a ótica das concepções doutrinárias, nacionais e internacionais, relativas ao tema dos direitos fundamentais, destacando-se o princípio da proporcionalidade, a proibição de retrocesso social, o mínimo existencial e a reserva do possível. Com estes pressupostos, indicaremos as saídas possíveis para o conflito entre os direitos fundamentais através da apresentação de um caso concreto.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; direitos fundamentais; direito à moradia; direito ambiental; Constituição Federal; espaço urbano, conflito entre direitos.

## ABSTRACT

The objective of this dissertation is to study the conflict between the right to housing and the environmental right both in the light of the Brazilian constitutional law and the theory of the fundamental rights. Before considering the constitutional tutelage, we will analyze the process of historic affirmation of the human rights by recognizing the three different dimensions of rights. In our research we will put emphasis on the relevant action of the UN in the formation of the international system of human rights. The right to housing fits in the second dimension of human rights and is consolidated with the advent of the Social State of Law after the Liberal State has been surmounted. The right to the environment was recognized later in the international scene, after the World War II, whose starting point was treaties on the non-use of nuclear weapons. The human rights are announced in the form of social movements before they become part of both the international system and the internal order of States. Thus, we will observe the participation of the civil society and the importance of its fight for implementation of the rights studied herein. In the perspective of the 1988 Federal Constitution, we will verify the efficiency of both the right to housing before and after it was formally included in the text of the Constitution in 2000 and the right to environment raised to the status of a fundamental right in virtue of the open system of the 1988 Constitution. The central axis of this work is the analysis of the contraposition between the right to housing and the right to environment ecologically balanced in the urban environment from the viewpoint of the doctrinal concepts, both national and international, relative to the topic of fundamental rights emphasizing the principle of proportionality, prohibition of social retrocession, living wage, and preventative maintenance. Considering these presuppositions, we will present the possible solutions to the conflict between the fundamental rights by making use of a concrete case.

**Key words:** Human rights; fundamental rights; right to housing; environmental right; adequate housing; environmental protection; environmentalism; economic rights; diffused rights; Federal Constitution; urban environment; cities; conflict between rights; socio-environmental function of property; principle of the proportionality; prohibition of retrocession; living wage; preventative maintenance; units of conservation.

## INTRODUÇÃO

“Nosso verdadeiro estudo é o da condição humana.”<sup>1</sup>

O estudo dos direitos fundamentais tem recebido notável destaque na doutrina constitucional nacional e estrangeira. Muitas e muitas páginas foram (e serão) escritas sobre a temática, denotando a multiplicidade de enfoques e de correntes doutrinárias. Considerando a permanente problemática da (in)eficácia e da (in)efetividade dos direitos fundamentais, percebemos que a matéria ainda comporta toda sorte de reflexões, o que justifica a atualidade da presente discussão.

Dentro deste complexo universo temático, será justamente o problema do conflito entre os direitos fundamentais o objeto nuclear de nossa investigação. Na lição de Konrad Hesse<sup>2</sup>, a Constituição só pode ser integralmente compreendida e interpretada se for vista como uma unidade (coerência interna). Paralelamente, devem ser ressaltadas as tensões e contradições potencialmente presentes no ordenamento constitucional, em face da pluralidade das categorias jurídicas protegidas na Carta Magna. As situações de colisão ou de conflito entre direitos fundamentais são, pois, inevitáveis. O problema que se afigura é saber como será resolvida esta antinomia diante do caso concreto, quando dois valores conflitantes são igualmente elencados como fundamentais em determinado ordenamento jurídico.

Nesta dissertação, faremos um estudo dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro, especialmente do direito à moradia e do direito ao meio ambiente (como já sinaliza o título do ensaio). O trabalho se articula em torno de quatro pontos principais que se interconectam de forma a desembocar no caso concreto ao final apresentado. A separação é meramente didática e expositiva.

Primeiramente, cuidamos de retomar a evolução histórica dos direitos humanos, aqui entendidos como os direitos inerentes a todos os homens numa

---

<sup>1</sup> ROUSSEAU

<sup>2</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

esfera supranacional. Esta trajetória conduz a uma tarefa de transformação permanente na busca de um ideal de estatuto da humanidade. Nessa esteira, abordaremos os direitos civis e políticos – direitos de primeira dimensão oriundos do Estado Liberal – os quais marcam a separação entre a sociedade e o Estado. Estes direitos valorizam o homem singular, o homem das “liberdades abstratas”<sup>3</sup>. Os direitos da segunda dimensão merecerão um exame mais acurado no trabalho. Esta categoria de direitos dominou as constituições do segundo pós-guerra e foi marcada pelo valor da igualdade. Os direitos sociais, econômicos e culturais buscavam garantir a participação igual de todos os indivíduos nos recursos públicos. Na terceira dimensão, uma nova esfera de proteção é acrescentada aos direitos de liberdade e de igualdade. Estes direitos se referem não apenas ao indivíduo e ao grupo social, mas a todo o gênero humano. A proteção dos direitos pressupõe, a partir de então, uma reformulação ética do indivíduo<sup>4</sup>, uma nova noção de responsabilidade que transcende os limites da vida humana individualmente considerada.

Pretendemos demonstrar, como refere Vieira de Andrade<sup>5</sup>, que a história dos direitos humanos é pautada pela acumulação (os novos direitos vão sendo somados aos direitos clássicos), pela variedade (os direitos humanos são de diferentes naturezas) e pela abertura (nenhum catálogo de direitos é concebido como completo e fechado).

Outro ponto relevante na caminhada histórica dos direitos humanos foi a criação das Nações Unidas, após a 2ª Guerra Mundial. Esta organização contribuiu para a formação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. A realização de diversas Conferências internacionais ajudou a consolidar uma consciência comum (embora não universal) a respeito da matéria dos direitos do homem.

A conquista dos direitos foi, em grande parte, impulsionada pela atuação da sociedade civil organizada em movimentos de reivindicação que serão aqui igualmente referidos. A trajetória dos direitos humanos se confunde com a história dos movimentos sociais influenciando-os e sendo influenciada por eles.

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo Direitos Fundamentais, Globalização e Neoliberalismo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 2. jul/dez. Belo Horizonte, 2003.

<sup>4</sup> JONAS, Hans. **El Principio de Responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995

<sup>5</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004

No que tange ao direito ambiental, merece destaque o movimento ambientalista, o qual teve início nos Estados Unidos e na Europa (a cultura ecológica teve seu embrião nas sociedades desenvolvidas), passando, posteriormente, a influenciar os outros povos. Em razão do caráter difuso e transfronteiriço dos problemas ambientais, a análise do direito ao meio ambiente será feita neste trabalho em nível global.

O direito à moradia, por sua vez, teve uma história de reivindicações diversa, muito mais concentrada na atuação local dos grupos sociais, mormente nos países pobres, onde a inefetividade dos direitos sociais é agravada pela escassez dos recursos. Em razão desta nota de localidade, optamos por analisar os movimentos sociais de proteção à moradia no contexto brasileiro.

Desenhada a evolução dos direitos humanos, partiremos à consideração destes direitos na ordem constitucional interna. Analisaremos, pois, a positivação dos direitos fundamentais na história das constituições brasileiras, até o advento da Constituição de 1988, carta esta que, marcada pelo pluralismo, logrou recepcionar os direitos de todas as dimensões. Também a história constitucional brasileira foi escrita em sucessivas etapas; se hoje os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões aparecem já amplamente aceitos no direito constitucional, na realidade, eles se consolidaram através de um processo gradual, com progressos e recuos, até receberem o grau atual de eficácia e efetividade.

A Constituição de 1988 consagrou como fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em face da norma aberta do art. 5º, parágrafo 2º. O direito ambiental foi consolidado em sua dupla dimensão – objetiva e subjetiva. Em razão da proteção atribuída ao meio ambiente no texto constitucional e na legislação ordinária, procuraremos apontar para uma abertura ambiental do Estado que configura o desenvolvimento (ainda em fase embrionária) de um Estado de Direito Ambiental.

Analisaremos a inserção formal do direito à moradia na Constituição de 1988, após a edição da emenda constitucional nº 45/2000. Entretanto, tratamos de indicar que a moradia já estava incluída na pauta do direito constitucional muito antes de estar expressa na Carta. Este direito de viés social reclama, para sua efetividade, a atuação positiva do Estado, esbarrando por vezes, na limitação dos recursos materiais.

O presente trabalho se insere em um esforço reflexivo sobre o conflito entre estes dois direitos fundamentais dentro do espaço urbano. Tentaremos evidenciar o passivo ambiental gerado pela urbanização acelerada nas cidades brasileiras e, ato contínuo, elencar as formas de harmonização entre os interesses sociais e ambientais.

Poderíamos ceder à tentação de utilizar os princípios e as regras de interpretação sistemática do direito para buscar uma resposta exata em situações de conflito. Entretanto, tratando-se de direitos fundamentais, devemos abandonar a pretensão de prevalência abstrata de uma norma sobre a outra, admitindo-se que não há uma hierarquia absoluta entre bens constitucionais. Nem mesmo o direito à vida está insento de ser relativizado (tomemos, como exemplo, as recentes polêmicas em torno do aborto e da utilização das células-tronco embrionárias). Além disso, rejeitamos a pretensão de única resposta correta para as situações de colisão entre direitos fundamentais. Concordamos com Juarez Freitas<sup>6</sup> quando o autor afirma que existe a possibilidade racional de se buscar a melhor interpretação constitucional, ou seja, aquela que melhor expresse a unidade do sistema, desde que não se aspire ao patamar da universalidade.

A partir destas premissas, nos vemos incumbidos da tarefa de estudar os critérios a serem observados diante das necessárias restrições às normas fundamentais, impostas pela colisão entre valores e, bem assim, os limites destas restrições.

Como parâmetro constitucional, traremos à discussão o conceito de proibição de retrocesso que se apresenta como garantia de permanência e segurança de posições jurídicas já incorporadas, princípio implícito na noção de Estado de Direito. Esta concepção assume fundamental importância na medida em que determina que a tutela dos direitos fundamentais deva estar umbilicalmente ligada, mesmo nas situações de conflito, à proteção do núcleo essencial de cada direito.

O estudo que aqui se pretende construir está embasado nos preceitos constitucionais relativos ao meio ambiente e à moradia. Não obstante, reconhecemos que os conflitos entre direitos fundamentais são igualmente decorrentes da aplicação da legislação ordinária que regulamenta a Constituição. Ainda nestes casos, a nosso ver, o conflito permanece sendo de natureza

---

<sup>6</sup> FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional *versus* a Única Resposta Correta. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 2. jul/dez. Belo Horizonte, 2003.

constitucional, eis que devemos entender a Constituição de forma ampla como “*uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas*”<sup>7</sup>. Por isso, sentimos a necessidade de explorar no terceiro momento deste ensaio as principais leis referentes às temáticas urbanística e ambiental.

No último capítulo, procuraremos demonstrar a atualidade e a pertinência da presente discussão através da exposição de um caso concreto de conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente que nos permitirá ilustrar o estudo até aqui desenvolvido. Apresentaremos o caso da ocupação da tribo indígena Kaingang na unidade de conservação Morro do Osso, situada na cidade de Porto Alegre. Considerando as circunstâncias concretas expostas no relato do caso, indicaremos duas soluções possíveis, optando pela prevalência ora de um, ora de outro direito fundamental. A partir daí, será possível colocar em prática os apontamentos teóricos deduzidos ao longo desta pesquisa e apresentar as conclusões finais.

Corremos o risco de frustrar as expectativas daquele que, porventura, possam imaginar que encontrarão, tanto no caso prático quanto na dissertação como um todo, respostas únicas e definitivas para a solução do conflito entre direitos fundamentais. Esta pesquisa tem a singela intenção de apresentar alguns aportes para o início do debate, sem se pretender conclusiva. Isso nos remete às belas palavras de Edgar Morin<sup>8</sup> para quem “*conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza*”. A contribuição deste trabalho está, antes, no caminho percorrido e não na linha de chegada.

---

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

<sup>8</sup> MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004

# 1 HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO E POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O debate sobre a proteção dos direitos humanos passou a ocorrer na história especialmente nos últimos séculos. Muitos são os fundamentos para justificar a defesa desses direitos – metafísicos, racionalistas, positivistas. Norberto Bobbio<sup>9</sup> entende que nenhum desses fundamentos é irresistível ou inquestionável. Com efeito, é importante destacar-se os fundamentos possíveis<sup>10</sup>; entretanto, mais relevante ainda, será proteger os direitos historicamente reconhecidos. Uma questão, contudo, resta incontroversa: os direitos humanos não são absolutos e estão sempre relacionados com o tempo e o espaço. A história dos direitos humanos está diretamente relacionada aos fatores econômicos, políticos e culturais dos povos<sup>11</sup>. Portanto, qualquer justificação racional que se fizer a respeito da matéria deverá necessariamente passar por uma análise histórica.

A partir dos séculos XII e XIII, observava-se na Europa feudal a primeira manifestação organizada em defesa dos direitos do homem. Como forma de se opor ao regime da monarquia absolutista vigente à época, os senhores feudais passaram a exigir o reconhecimento de alguns direitos, como condição para o pagamento dos tributos ao rei. No sentido de limitar os poderes do monarca, foi promulgada na Inglaterra, em 1215, a Magna Carta, documento que pode ser considerado o embrião da democracia moderna<sup>12</sup>. Essa carta, que não tinha natureza constitucional, trouxe apenas determinados privilégios concedidos pelo monarca somente aos integrantes da ordem favorecida: os barões feudais. Segundo Fábio Konder Comparato<sup>13</sup>, a grande importância desse documento é que, pela primeira vez na história, o rei se achava vinculado às próprias leis que editava, pois “só quando também ele respeita as leis, pode-se esperar que elas sejam obedecidas por todos”. Assim, o processo histórico de afirmação dos direitos humanos iniciou de forma gradual, privilegiando a classe nobre da sociedade.

---

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.22-24

<sup>10</sup> Tentaremos trazer alguns desses fundamentos no capítulo 2, especificamente em relação aos dois direitos humanos aqui priorizados – moradia e meio ambiente.

<sup>11</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

<sup>12</sup> COMPARATO, Fábio konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed.rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001

<sup>13</sup> Idem, p.75

Durante o século XVII, a Inglaterra foi palco de novas manifestações em favor dos direitos humanos com a promulgação do *Bill of Rights*, declaração que deu fim ao regime da monarquia absoluta. A partir de então, a competência para legislar e criar tributos saiu da esfera do monarca e passou a ser competência do Parlamento<sup>14</sup>. Não se tratava de uma declaração de direitos humanos propriamente, mas a *Bill of Rights* criou a separação dos poderes, um dos fundamentos do Estado Constitucional de Direito que seria instituído mais tarde<sup>15</sup>.

O grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos iria ocorrer mais tarde, no século XVIII. As grandes revoluções que se deram nesse período reforçaram a idéia do povo como legítimo detentor do poder: soberania popular. O termo *soberania*, como refere Pérez Luño<sup>16</sup>, se originou no pensamento absolutista que sempre esteve ligado à figura concreta de um homem. No processo democrático, a soberania se relaciona com o moderno conceito de vontade geral de Rousseau<sup>17</sup>. Logo, a soberania popular transcende as vontades individuais, mas, em vez de recair sobre um só indivíduo, é patrimônio inalienável do povo.

Essa transição para a soberania popular foi marcada pela intensa luta em defesa dos direitos do homem. Nesse contexto, ocorreram as revoluções liberais – das colônias americanas em face da Inglaterra e do povo francês – que contribuíram sobremaneira para a formação de uma nova sociedade secularizada. A idéia de liberdade nos séculos XVIII e XIX estava necessariamente associada à noção de propriedade. Logo, a função das leis não era exatamente proteger os direitos mas, antes, proteger a propriedade. John Locke, teórico do jusnaturalismo racionalista, vê

---

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio konder. *Op.cit.* 2001

<sup>15</sup> Sobre o assunto, escreve Rogério Gesta Leal: “A fase anterior aos acontecimentos do fim do século XVIII é representada, no âmbito dos Direitos Fundamentais, pelas cartas e declarações inglesas. Os documentos mais conhecidos são a Magna Carta (1215-1225), que não é propriamente de natureza constitucional, mas, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos de alguns homens livres, i.e., revela-se como um documento dirigido ao monarca, em que os membros do Parlamento de então pediam o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos de sua majestade. Já o Hábeas Corpus Amendment Act, de 1679, vai um pouco mais longe, eis que visa à supressão das prisões arbitrárias, e a Bill of Rights, de 1688, talvez se afigure como o mais importante documento da cultura inglesa para esse fim, pelo qual se firmara a supremacia do parlamento em face do monarca.” (LEAL, Rogério Gesta. *Op.cit.* 2000, p.97/98)

<sup>16</sup> LUÑO, Antônio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 187-190

<sup>17</sup> Rousseau afirmou que a soberania consiste na vontade geral do povo a qual não pode ser delegada a um representante, sob pena de não ser mais efetiva: “El pueblo inglés – afirmaba Rousseau – cree ser libre y se engana, porque tan sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento, y luego que éstos están elegidos, ya es esclavo, ya no es nada.” (ROUSSEAU apud LUÑO, Antônio E. Pérez. *Op.cit.* 1995, p. 193)

a propriedade como um direito inato ao homem, que precede até mesmo a representação política<sup>18</sup>.

A Revolução Americana estava calcada na idéia de poder desvinculado da violência característica do período pré-político. O povo se une através de pactos e promessas mútuas com um objetivo político específico: construir governos “de leis e não de homens”<sup>19</sup>. As 13 colônias britânicas nos Estados Unidos foram constituídas com um formato diverso da sociedade estamental inglesa. Os povos americanos se formaram como uma sociedade burguesa, na qual todos os homens eram livres e iguais perante a lei, diferenciando-se somente em função da riqueza material<sup>20</sup>. Nos povos norte-americanos, existia uma igualdade de condições jurídicas, embora isso não representasse a igualdade sócio-econômica; por isso, Comparato afirma que se tratava de uma *sociedade de proprietários*.

Nesse contexto, as colônias se uniram para proclamar sua independência em relação à Inglaterra. Como resultado dessa revolução, temos a Declaração de Independência dos estados americanos e a Constituição de 1787, as quais recepcionaram as liberdades e os direitos já reconhecidos na Inglaterra no século XII. A declaração está relacionada à noção de soberania popular como verdadeira legitimidade política, pois “uma nação só está legitimada a auto-afirmar sua independência, porque o povo que a constitui detém o poder político supremo<sup>21</sup>”. A Revolução Americana teve o mérito de conseguir fundar um novo corpo político relativamente estável que culminou com o nascimento da nova república.

Os americanos entendiam que a origem do poder advinha do povo; entretanto, acreditavam que a fonte da lei estava em alguma região transcendente. A idéia de ente superior que confere validade a todas as leis positivas exprime claramente uma herança do Estado absolutista. Existe, pois, na concepção americana, uma clara influência jusnaturalista, já que, além da soberania popular, há

---

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 1996

<sup>19</sup> ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo: Ática, 1994

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio konder. *Op.cit.* 2001

<sup>21</sup> Idem, p.100

um reconhecimento dos *dereitos inatos* a todos os seres humanos<sup>22</sup>. Sobre o assunto, escreve Peces-Barba:

...en la ultima etapa de este primer modelo, en concreto en la Declaración de Independência, se incorpora una terminología que es, a la vez, producto de planteamientos utilitaristas y de la filosofía racional y abstracta del jusnaturalismo. Es quizá la caracterización más visible del modelo americano, mezcla de pragmatismo y racionalismo, con el reconocimiento del llamado “derecho a la búsqueda de la felicidad”. En cambio, entre esas verdades evidentes no está, para los autores de la Declaración de Independência, el derecho de propiedad, lo cual no deja de ser una paradoja, en lo que será la cuna del capitalismo<sup>23</sup>.

Os homens da Revolução Francesa, por outro lado, acreditavam que a lei era expressão da vontade geral e não de uma divindade. Convencidos de que todo poder emanava do povo, os revolucionários dissolveram a estrutura política do país, lançando a nação francesa num “estado de natureza” pré-político. A revolução provocou a queda do *Ancien Régime* e a consagração da burguesia na França. O povo francês pretendeu fundar um mundo novo, com a modificação das estruturas políticas e, principalmente, o nascimento de uma nova sociedade. Enquanto os revolucionários americanos estavam mais preocupados em proclamar a sua própria independência, os franceses tinham planos mais ambiciosos: queriam propagar a sua idéia de liberdade entre outros povos; “julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros”<sup>24</sup>. O principal documento que resultou dessa revolução foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>25</sup>.

Essa declaração não recebeu a mesma influência religiosa da Revolução Americana, porquanto o texto francês é marcado pelo individualismo e pela secularização. Entretanto, isso não significa que tenha havido uma ruptura com a

---

<sup>22</sup> A expressão *dereitos inatos* foi utilizada no primeiro parágrafo da Declaração de Direitos de Virgínia: “*Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.*”

<sup>23</sup> MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentalís: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1995, p.150

<sup>24</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op.cit.* 2001, p. 28

<sup>25</sup> A utilização dos termos “homem” e “cidadão” na nomenclatura da Declaração de 1789 foi matéria de posterior discussão. Segundo Fábio Konder Comparato (2001), a explicação estaria no fato de que a Declaração pretendeu englobar tanto os *cidadãos* franceses, quanto os *homens* das outras nacionalidades.

idéia de direito natural. Ocorre apenas que esse direito, para grande parte dos revolucionários franceses, está fundamentado na razão e não em Deus. Existe, portanto, uma constante tensão: se, por um lado, acreditava-se que a origem das leis estava na vontade geral (e não em um ser superior), por outro, estava ainda presente a idéia de direitos inatos ao homem<sup>26</sup>. Esses direitos não faziam parte de nenhuma construção histórica, eles eram concebidos como direitos inerentes ao ser humano em razão da sua própria condição, anteriores a qualquer formação de Estado. A Declaração Francesa encerra, pois, a primeira etapa da modernidade, tendo como denominador comum a limitação do poder do Estado mediante a garantia de alguns direitos individuais, garantias processuais, participação política, etc<sup>27</sup>.

Ainda que o documento francês de 1789 seja resultado do movimento de uma determinada classe social, especificamente a burguesia, ele teve importância fundamental para a positivação dos direitos de toda a humanidade. A declaração foi revestida de um viés universal, transcendendo os problemas do burguês na França, e serviu como modelo para toda a humanidade.

Quando se compara a Revolução Francesa à Americana é possível observar, como aponta Ingo Sarlet<sup>28</sup>, que as duas revoluções tinham uma profunda inspiração jusnaturalista e reconheciam direitos naturais do ser humano, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis. Esses direitos eram prerrogativas de todos os indivíduos e não apenas de uma casta ou estamento. Os documentos de ambas as revoluções conceberam uma sociedade individualista e proclamaram os direitos inerentes ao indivíduo – idéia de direito natural – antes mesmo de ingressar na sociedade. Por isso, esse primeiro momento no reconhecimento dos direitos privilegiou os direitos civis e as liberdades, baseado na igualdade de todos ainda que meramente formal. De qualquer forma, as revoluções burguesas foram definitivas para o reconhecimento histórico dos direitos humanos.

---

<sup>26</sup> Nas palabras de Peces-Barba: "(A Revolução Francesa) *Representa una vocación de transcender su origen histórico, los problemas de la Francia que quiere salir del Antiguo Régimen, y ofrecerse como modelo para toda la humanidad. Posee vocación de universalidad, con un talante casi religioso, aunque el mensaje, a pesar de la referencia al Ser Supremo y a los derechos naturales, presenta un tenor laico, donde lo sagrado es el hombre. Es el antropocentrismo llevado a sus últimas consecuencias.*" "(...)há formado, por encima de las nacionalidades particulares, una pátria intelectual común donde los hombres de todas las naciones han podido convertirse en ciudadanos..." (MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Op.cit.* 1995, p.153/154)

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

A partir das declarações (francesa e americana) e da promulgação da Constituição americana, os direitos humanos passaram a ser reconhecidos pelos Estados Nacionais em seu ordenamento jurídico interno. Os direitos passaram a ser realizados na medida em que eram internalizados por determinados Estados e somente no limite dos seus territórios. Qualquer pretensão de uniformização no conteúdo desses direitos só foi ocorrer mais tarde na sociedade internacional. Esse caráter universal, ainda que abstrato, apareceu pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Diante disso, os direitos humanos que nasceram como naturais e se desenvolveram como positivos particulares finalmente se tornam *direitos positivos universais*<sup>29</sup>.

## 1.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948 E A IMPORTÂNCIA DA ONU

O reconhecimento global dos direitos humanos coincidiu com o surgimento da Organização das Nações Unidas.

As Nações Unidas se constituíram no período do pós-guerra com o objetivo principal de promover a estabilidade e a paz em resposta à lógica destrutiva que esteve presente na 2ª Guerra. Nesse cenário de destruição do pós-guerra, “se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”<sup>30</sup>. A carta constitutiva das Nações Unidas foi assinada em 1945 e previa em seus artigos 55 e 56 a criação de uma comissão para discutir a questão dos direitos do homem no âmbito do Conselho Econômico e Social.

Assim, em 1946, foi criada a Comissão para os Direitos do Homem. Essa comissão elaborou o “International Bill of Human Rights”, o qual era composto por três documentos: uma declaração de conteúdo programático, uma convenção que deveria ser ratificada pelos países e, por último, um documento com medidas de

---

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *Op.cit.* 1992, p.30

<sup>30</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In PERRONE MOISÉS, Cláudia; AMARAL, Alberto do. **50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo, EDUSP, 1999. p.240

execução para os projetos. Tais documentos foram elaborados pelo grupo de trabalho; entretanto, quando da realização da Assembléia Geral em 1948, a comissão preferiu enviar somente a Declaração dos Direitos Humanos. Por essa razão, a convenção e as medidas de implementação ficaram de fora da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada em 10 de dezembro de 1948<sup>31</sup>. O mundo enfrentava diversos conflitos ideológicos naquele momento e não apresentava um cenário favorável para se falar em uma convenção, a qual vincularia diretamente os Estados signatários<sup>32</sup>. Então, a solução encontrada foi entregar apenas uma declaração de direitos (soft law) que não precisava ser ratificada nem trazia obrigações específicas para nenhum Estado membro. Alguns países como Austrália e Nova Zelândia criticaram a ausência de normatividade da declaração. Mas, a despeito disso, o documento foi aprovado por 48 países<sup>33</sup>.

É notável que a Declaração dos Direitos Humanos tenha alcançado alguma forma de consenso, considerando que, na época da sua aprovação, o mundo se encontrava dividido em dois blocos. Na prática, isso acarretava a multiplicidade de valores e a divergência de convicções. O bloco soviético considerava que os direitos sociais deveriam ser o ponto central da declaração, já que os direitos clássicos eram considerados por eles de caráter estritamente individualista e capitalista. O ocidente, por outro lado, não estava interessado em aceitar as limitações socialistas ao direito de propriedade e priorizou a liberdade do indivíduo em face do Estado, o que era incompatível com o sistema totalitário soviético. Por isso, o documento acabou se limitando àqueles direitos e liberdades que já eram admitidos pela maioria dos Estados. José Soder<sup>34</sup> critica, inclusive, a composição das prescrições da

---

<sup>31</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. I, 1997

<sup>32</sup> "A problemática geral, com a qual depararam os debates nas Nações Unidas em torno dos direitos e liberdades imprescritíveis, caracterizava-se pela situação político-jurídica mundial e pela diversidade de pareceres em questões fundamentais. Não havia uniformidade de vistas em assuntos políticos, filosóficos, econômicos e religiosos. Esta realidade, demasiadamente palpável no seio das Nações Unidas, explica os problemas surgidos na elaboração de um catálogo de direitos que todos os Estados pudessem aceitar. Mostra, do mesmo passo, a dificuldade ainda maior em levar a maioria ou a totalidade dos Estados a assinar um documento que os obrigue juridicamente." (SODER, José. **Direitos do Homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 209)

<sup>33</sup> A declaração não recebeu nenhum voto contrário, mas contou com 8 abstenções: União Soviética, Ucrânia, Rússia Branca, Polônia, Tchecoslováquia e Iugoslávia, União Sul-Africana e Arábia Saudita.

<sup>34</sup> SODER, José. *Op.cit.* 1960.

declaração, aduzindo que essas têm conteúdo demasiadamente vago, indefinido e, por vezes, inconsistente<sup>35</sup>.

A declaração da ONU é composta por 30 artigos divididos em normas gerais e direitos individuais de três grupos: direitos individuais ou civis, direitos políticos e direitos econômicos e sociais. Todos os direitos possuem um caráter indivisível e interdependente.

Essa declaração de direitos não possui força jurídica vinculante nem pode ser comparada a uma norma de direito internacional público. Contudo, ela não pode ser reduzida a um mero rol de recomendações da ONU. A declaração pode ser entendida como “uma proclamação, ou seja, manifestação solene e uniforme da vontade dos Estados-membros das ONU de assumirem determinado procedimento com relação aos seus subordinados”<sup>36</sup>.

Portanto, a partir de 1948, passou a se desenvolver um sistema internacional de Direitos Humanos, constituindo uma ordem normativa global de proteção. Contudo, somente 18 anos após a proclamação da declaração, foram elaborados pela Comissão de Direitos Humanos da ONU os pactos para implementação desses direitos. A idéia da comissão era aprovar, paralelamente à declaração, um instrumento jurídico de proteção. Entretanto, isso só foi possível em 1966 com a adoção de dois pactos internacionais: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Através desses pactos, o processo de reconhecimento se completou, partindo-se para a implementação da proteção internacional dos direitos humanos<sup>37</sup>.

Foram elaborados dois pactos, divididos em função da matéria, por uma questão diplomática. Como já referimos, as potências do ocidente lutavam pela reafirmação somente das liberdades individuais clássicas, enquanto o bloco comunista e os países africanos davam destaque para os direitos sociais e econômicos. Por esse motivo, foram elaborados dois tratados, mas somente o Pacto

---

<sup>35</sup> Soder cita como exemplo de disposição inconsistente o artigo XXVIII da declaração, que possui o seguinte conteúdo: “Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados” (SODER, José. *Op.cit.* 1960, p.211). O autor considera igualmente sem complemento os artigos XIV, XV e XXIX da declaração, cujo conteúdo deixaremos de transcrever aqui. De fato, o autor argumenta que faltou a essas normas contornos jurídicos claros que fizessem delas instrumentos seguros de proteção.

<sup>36</sup> SODER, José. *Op.cit.* 1960, p.220

<sup>37</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op.cit.* 1997

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos receberia a ação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos da ONU. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, se limitaria a ser implementado progressivamente de acordo com os recursos disponíveis de cada Estado-membro<sup>38</sup>.

Como é possível perceber, a Organização das Nações Unidas teve papel fundamental para o reconhecimento dos direitos do homem em caráter global. Após a declaração de 1948, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos foi integrado por tratados internacionais e convenções, dos quais destacamos os seguintes: Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, Protocolo Adicional ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Convenção contra a Tortura e Convenção dos Direitos da Criança. O sistema da ONU é constituído por órgãos supervisores, compostos por peritos eleitos em cada Estado Parte, os quais devem avaliar a situação dos países com base nos relatórios periódicos apresentados<sup>39</sup>. Além desses órgãos de supervisão, existem os órgãos políticos, responsáveis pela elaboração de recomendações e diretrizes. O principal órgão político do sistema internacional de direitos humanos da ONU é a própria Comissão de Direitos Humanos, subordinada ao Ecosoc (Conselho Econômico e Social) e à Assembleia Geral. Cada Estado signatário das convenções e dos pactos se compromete a apresentar relatórios sobre as medidas adotadas para tutelar os direitos do homem de acordo com as recomendações e as determinações.

Como afirma Gilberto Sabóia<sup>40</sup>, a comunidade internacional começou a se organizar e a intervir diante de casos de violação dos direitos humanos (como tortura, execuções sumárias, racismo, etc.). A questão ganhou uma dimensão macro e transcendeu o território de cada Estado membro.

O Brasil é parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos desde que, em 1989 e 1992, aderiu aos dois pactos da ONU e a outros

---

<sup>38</sup> COMPARATO, Fábio konder. *Op.cit.* 2001

<sup>39</sup> SABOIA, Gilberto Vergne. O Brasil e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In PERRONE MOISÉS, Claudia; AMARAL, Alberto do. **50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: EDUSP, 1999.

<sup>40</sup> Ibidem.

instrumentos internacionais<sup>41</sup>. Os órgãos de supervisão do sistema internacional se reportam ao Ministério Brasileiro das Relações Exteriores, que tem a função de conferir se as obrigações assumidas pelo Brasil estão, de fato, sendo cumpridas. O ministério tem ainda a tarefa de apresentar relatórios, que serão encaminhados aos comitês específicos, sobre as características econômicas, demográficas e sociais do país, bem como a respeito dos problemas de violação de direitos humanos<sup>42</sup>.

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos foi avaliado, pela primeira vez, 20 anos após a declaração de 1948 através da I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas em Teerã. Esse encontro contou com a presença de 84 países e de diversas organizações internacionais desvinculadas dos governos. A grande contribuição da Conferência de Teerã parece ter sido, como aponta Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>43</sup>, a promoção dos direitos humanos em conjunto – direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais –, destacando a inter-relação e a indivisibilidade dos mesmos<sup>44</sup>. Em 13 de maio de 1968, foi adotada pelo Plenário a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos que consignou todos os pontos debatidos na conferência.

Em 1993, a Organização das Nações Unidas optou por proceder a uma nova avaliação da temática dos direitos humanos, convocando a segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos na cidade de Viena. Antes da conferência, ocorreram reuniões prévias, em sessões do Comitê Preparatório, abertas à participação de todos os Estados membros das Nações Unidas, bem como das agências especializadas. A Comissão de Direitos Humanos da ONU recomendou que o tema

---

<sup>41</sup> Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.* 1999. p.247) estabelece uma relação entre a democracia e a inserção do Brasil no sistema internacional de direitos humanos: “O processo de democratização possibilitou a reinserção do Brasil na arena internacional de proteção dos direitos humanos. Na experiência brasileira, faz-se clara a relação entre o processo de democratização e a reinserção do Estado Brasileiro no cenário internacional de proteção dos direitos humanos. Percebe-se a dinâmica e a dialética na relação entre Democracia e Direitos Humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados internacionais de direitos humanos, por sua vez, essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, por meio da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado. Se a busca democrática não se atém apenas ao modo pelo qual o poder político é exercido, mas envolve fundamentalmente a forma pela qual direitos humanos são implementados, é manifesta a contribuição da sistemática internacional de proteção dos direitos humanos para o aperfeiçoamento do sistema de tutela desses direitos no Brasil.”

<sup>42</sup> SABOIA, Gilberto Vergne. *Op.cit.* 1999. p.232

<sup>43</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O processo preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993. In CERVO, Amado Luiz. **Revista Brasileira de Política Internacional**, n.1. Brasília, 1993

<sup>44</sup> Vejamos a disposição do Parágrafo 13 da Proclamação de Teerã: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível.”

da indivisibilidade das categorias de direitos fosse mantido na II Conferência Mundial<sup>45</sup>. Igualmente, na etapa preparatória, foi destacada a importância da presença das ONGs, especialmente na tarefa de informação e de percepção das necessidades em matéria de direitos humanos. Cançado Trindade<sup>46</sup> refere que os temas que tiveram maior repercussão no processo de preparação para a conferência foram o fortalecimento da democracia, o desenvolvimento e fortalecimento do Estado de Direito e o problema da discriminação contra grupos vulneráveis.

A Assembléia Geral das Nações Unidas convocou, através da resolução 46/116 de 1992, reuniões regionais preparatórias para a Conferência de Viena. Essas reuniões foram realizadas para fazer um balanço dos resultados alcançados em matéria de direitos humanos, bem como para detectar os obstáculos que não haviam sido transpostos.

Procuraremos em poucas linhas abordar as principais contribuições de cada reunião regional preparatória. A Reunião Regional Africana<sup>47</sup> destacou a importância da associação de todas as categorias de direitos, salientando que “ a universalidade dos direitos humanos não há de contrapor-se às particularidades histórico-culturais das nações”<sup>48</sup>. A Reunião Regional Latino-Americana e Caribenha<sup>49</sup> deu origem à Declaração de San José. Nesse documento, foi enfatizada a necessária conexão entre as pautas de direitos humanos, democracia e desenvolvimento. Segundo Cançado Trindade, nessa reunião, houve o reconhecimento de que os avanços dos direitos civis e políticos acabaram por agravar os problemas de natureza sócio-econômica na região; era preciso, pois, pensar-se no progresso global dos direitos. A Reunião Regional Asiática<sup>50</sup>, por seu turno, ressaltou a proteção dos direitos humanos dos grupos vulneráveis, o problema da pobreza e o direito da humanidade a um meio ambiente sadio. O autor pontua que o grupo asiático se preocupou em chamar a atenção para o aspecto gradual do processo de instauração dos direitos humanos em respeito aos diversos backgrounds *históricos* e as *particularidades regionais e nacionais* (parágrafo 8 da Declaração de Bangcoc).

---

<sup>45</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op.cit.* 1993

<sup>46</sup> *Idem*, p. 43

<sup>47</sup> Túnis, 1992

<sup>48</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op.cit.* 1993, p. 47

<sup>49</sup> Costa Rica, 1993

<sup>50</sup> Bangcoc, 1993

A Conferência Mundial de Viena, realizada em 1993, consagrou a indivisibilidade dos direitos humanos: não há como dissociar o econômico, do social, do político e do cultural. Além disso, houve um reconhecimento no sistema internacional de direitos humanos de uma terceira categoria de direitos coletivos e difusos que inclui os direitos das crianças, o direito ao meio ambiente, o direito à cidade, o direito ao desenvolvimento dos povos, etc.

Assim, Cançado Trindade<sup>51</sup> destaca que teve início a construção de uma cultura internacional de observância dos direitos humanos. Contudo, considerando-se a constante evolução, trata-se de um desafio que permanece no século XXI. Segundo o autor, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, para se tornar efetivo, deve estar associado à implementação dos direitos no âmbito interno de cada Estado.

## 1.2 DIMENSÕES DE DIREITOS

Os direitos humanos não foram todos reconhecidos a um só tempo<sup>52</sup>. É possível analisar na história o advento das chamadas *gerações de direitos*<sup>53</sup>. Essa terminologia sofre algumas críticas por parte de alguns doutrinadores<sup>54</sup>. O termo *geração* é entendido, segundo os críticos, como se as categorias de direitos tivessem um reconhecimento sucessivo ao longo do tempo e idêntico para todos os povos. Esse termo pode remeter a uma falsa idéia de linearidade histórica e universal na conquista dos direitos humanos.

Importante observar que, em algumas culturas, não se verifica a positivação dos direitos na mesma ordem em que ocorreu no ocidente. Etienne-Richard Mbaya<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op.cit.* 1993.

<sup>52</sup> “*Bem se sabe que os direitos fundamentais são históricos: nascem e se transformam. Apareceram com a revolução burguesa e evoluíram, ampliaram-se, com o correr dos tempos. A cada etapa da história novos direitos fundamentais surgem, a ponto de se falar em gerações de direitos fundamentais: direitos de primeira, segunda e terceira gerações.*” (SILVA, José Afonso da. **Fundamentos Constitucionais da Proteção do meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51)

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. *Op.cit.* 2002; BONAVIDES, Paulo *Op.cit.* 2003; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004

<sup>54</sup> SARLET, 1998; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op.cit.*1997

<sup>55</sup> MBAYA, Etinne Richard. Gênese, evolução e universalidade dos Direitos Humanos frente à diversidade de culturas. **Estudos Avançados**, v.30, n. 11, São Paulo, 1997

aponta que, na cultura humanista africana, o homem é sempre visto no contexto da tribo ou do clã, ou seja, é a humanidade (o grupo) que confere sentido à vida individual. Nesse contexto, o reconhecimento dos direitos humanos não teve seu ponto de partida nos direitos civis e nas liberdades individuais.

Pelas razões apontadas, utilizaremos neste trabalho o termo *dimensões* para demonstrar a conquista dos direitos humanos de três naturezas diversas: os direitos individuais, os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos coletivos e difusos. Entendemos que a palavra dimensão remete a um viés cumulativo e complementar dos direitos humanos e, conforme a lição de Ingo Sarlet<sup>56</sup>, “afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

As primeiras declarações de direitos foram inspiradas por idéias jusnaturalistas, reconhecendo direitos inatos ao homem, os quais não poderiam estar submetidos à arbitrariedade do soberano. Por isso, a primeira dimensão de direitos é antes uma afirmação do indivíduo se opondo ao Estado, ou, ainda, se resguardando de possíveis intervenções. Nessa fase, são reconhecidos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação política. Esses direitos são oponíveis em relação ao Estado, impedindo a intervenção deste na esfera individual. São, por isso, direitos de caráter negativo, direitos de defesa do indivíduo<sup>57</sup>. Esses direitos e liberdades individuais refletiram a necessidade do homem burguês revolucionário do século XVIII. Antonio E. Pérez Luño assim define a primeira dimensão<sup>58</sup>:

Se trata, en última instancia, de la lucha de una sociedad que con la ruptura de las estructuras feudales busca unas estructuras políticas adecuadas al funcionamiento de una economía más libre, basada en el desarrollo de la industria y el comercio. De ahí la importancia otorgada al derecho de propiedad como fundamento de la seguridad individual del hombre burgués<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003, p. 51

<sup>57</sup> *Ibidem*

<sup>58</sup> É importante esclarecer que Perez Luño não utiliza o termo “dimensões” quando se refere à conquista histórica dos direitos humanos. Este autor prefere se referir as “fases” dos direitos do homem.

<sup>59</sup> LUÑO, Antônio E. Pérez. *Op.cit.* 1995, p. 119

Os valores consagrados nessa promulgação de direitos são, essencialmente, valores de liberdade e de propriedade. A lei, nesse momento, não traz obrigações de fazer. Ela serve para garantir que as relações sociais e comerciais sejam estabelecidas livremente – “a lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade” (art. 5º da Declaração Francesa). Bonavides<sup>60</sup> destaca que os direitos de primeira dimensão integraram a primeira fase do constitucionalismo ocidental e, com o passar do tempo, embora esses direitos tenham permanecido no catálogo das constituições, receberam diferentes significados.

O desenvolvimento progressivo instaurado pela burguesia acabou por despertar, durante o século XIX, uma nova consciência de direitos humanos. Segundo Pérez Luño<sup>61</sup>, os conflitos de classe deram origem a uma série de exigências de caráter sócio-econômico, que reclamavam uma mudança na atividade do Estado com a adoção de uma postura interventora. A liberdade, outrora almejada pelos burgueses em face do Estado, ao contrário de libertar, oprimiu algumas classes.

Assim, a segunda dimensão de direitos provocou uma participação positiva do Estado para tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais. O Estado tem o dever, em razão dessas normas, de promover políticas públicas para satisfação das necessidades humanas como a educação, a saúde, a previdência, a habitação e as condições dignas de trabalho. Esses direitos buscam garantir a participação nos recursos sociais a todos os membros da comunidade. Não se busca mais a liberdade em face do Estado, mas a liberdade através do Estado<sup>62</sup>.

Esse rol de direitos, embora tenha um caráter de bem social comum, se reporta ao indivíduo assim como os direitos de primeira dimensão e não à coletividade. Pérez Luño<sup>63</sup> reconhece na segunda dimensão de direitos um sentido objetivo, através do qual

---

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000

<sup>61</sup> LUÑO, Antônio E. Pérez. *Op.cit.* 1995.

<sup>62</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004 p. 59) pontua que as primeiras constituições (ocidentais) que deram relevância aos direitos sociais foram as constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919. A partir dessas cartas, as constituições modernas têm recepcionado essa dimensão de direitos. Em alguns casos, os direitos sociais ganham notável destaque, como é o caso, segundo o autor, da constituição portuguesa de 1976; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

<sup>63</sup> LUÑO, Antônio E. Pérez. *Op.cit.* 1995, p. 84

el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales”, bem como um sentido subjetivo que o autor traduz como “las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social.

Enquanto a primeira dimensão de direitos consagra o princípio da liberdade, esta categoria irá concretizar o valor da igualdade<sup>64</sup>.

Os direitos de terceira dimensão se caracterizam pela difícil designação da titularidade. Os chamados *derechos de solidaridad* não podem ser pensados somente na relação entre o indivíduo e o Estado, já que os bens protegidos, ainda que possam ser gozados individualmente, pertencem a toda a coletividade<sup>65</sup>. Essa dimensão engloba os interesses difusos, definidos por Jorge Miranda como “uma manifestação da existência ou do alargamento de necessidades colectivas individualmente sentidas”<sup>66</sup>. Essas necessidades são comuns a grupos indeterminados de indivíduos e só podem ser satisfeitas através de esforços comunitários. Trata-se do direito ao meio ambiente<sup>67</sup>, à qualidade de vida, à comunicação, à paz, etc.

Canotilho denomina essa categoria de *derechos dos povos*:

A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados direitos da terceira geração. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento e o direito ao património comum da humanidade pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos<sup>68</sup>.

Esses direitos são de titularidade coletiva ou difusa. O titular é quase sempre de difícil definição, sendo por vezes indeterminável. Ingo Sarlet<sup>69</sup> destaca que, em que pese a fraca implementação na esfera interna, os direitos de terceira dimensão se encontram em fase de consagração no âmbito do direito internacional.

<sup>64</sup> LUÑO, Antônio E. Pérez. *Op.cit.* 1995.

<sup>65</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004

<sup>66</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.65

<sup>67</sup> Alguns autores como BONAVIDES, Paulo *Op.cit.* 2003 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004 se referem a uma quarta categoria de direitos e enquadram o direito do ambiente nessa fase. Neste trabalho, optamos por utilizar a divisão tridimensional das categorias de direito, pois, salvo melhor juízo, essa nos parece a mais adequada.

<sup>68</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p.380

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2006

A partir da evolução histórica que, aqui, traçamos em poucas linhas, podemos perceber que os direitos humanos, na medida em que foram sendo reconhecidos (três dimensões), vieram a somar-se às outras categorias.

Assim, definida a perspectiva histórica e global do universo dos direitos humanos, passaremos, a seguir, à análise específica do direito humano ao meio ambiente e do direito humano à moradia, assuntos de maior relevância para esta pesquisa. Demonstraremos de que forma e em que momento na história esses bens passam a receber a proteção do sistema jurídico internacional.

### 1.3 RECONHECIMENTO DO DIREITO AMBIENTAL

A relação com a natureza está presente em todas as fases da evolução humana. O ser humano tende a buscar, no ambiente<sup>70</sup>, a referência para melhor compreensão da sua dimensão social. Desde a antiguidade, no período cosmológico da filosofia grega, as idéias de ordem da sociedade eram projeções dos fenômenos naturais e da organização do cosmos<sup>71</sup>.

Na antiguidade, a intervenção do homem na natureza era considerada pouco expressiva, não sendo capaz de gerar danos visíveis. A natureza não era, pois, objeto de responsabilidade do homem, uma vez que ela mesma era considerada capaz de se autogerir. Ao homem, cabia tão-somente se utilizar da própria inteligência e criatividade para sobreviver e se adaptar aos ciclos naturais sem afetá-los<sup>72</sup>.

Com o advento do progresso e da técnica, o homem se coloca numa posição de transformação desenfreada do meio. Os seres humanos são atraídos pela

---

<sup>70</sup> Existe na doutrina uma diferenciação entre o vocábulo “ambiente” e o vocábulo “meio ambiente”. Alguns autores criticam a utilização do termo “meio ambiente” por entender que esta expressão denota uma visão demasiadamente antropocêntrica que reduz o ambiente ao entorno em que o ser humano vive (ver, por exemplo, FENSTERSEIFER, Tiago. **A dimensão ecológica da dignidade humana** : as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no estado socioambiental de direito Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2007. Em que pese o respeito por esta concepção, nesta pesquisa utilizaremos os dois termos como sinônimos.

<sup>71</sup> LUÑO, Antônio E. Pérez. *Op.cit.* 1995.

<sup>72</sup> JONAS, Hans. *Op.cit.* 1995

possibilidade do domínio sobre todas as coisas<sup>73</sup>. A obra de Copérnico – que sugere que a Terra gira em torno do Sol e não o inverso – inicia, no século XVII, um verdadeiro movimento de apropriação da natureza<sup>74</sup>. Diante da perda da referência estável e centralizadora, o homem coloca-se numa posição de superioridade e não mais de pertença em relação ao meio em que vive<sup>75</sup>.

Charles Taylor<sup>76</sup> percebe essa mudança no comportamento humano, reconhecendo o declínio inaugurado na era moderna (a partir do século XVII) a partir de três formas de mal-estar. O primeiro problema seria o individualismo que, embora seja visto como a conquista mais admirável da civilização moderna, ocasionou uma perda da dimensão mais ampla e transcendente do homem (*“la disolución de los horizontes morales”*). As pessoas se voltaram tanto para suas próprias vidas que perderam o interesse no outro e na comunidade. A segunda forma de mal-estar apontada pelo autor é a primazia da razão instrumental, segundo a qual tudo é definido em termos de eficiência, através de uma análise de custo-benefício. O outro perde o seu valor enquanto elemento integrante de um todo maior (*“su lugar em la cadena del ser”*) para ser visto apenas como matéria-prima ou instrumento de projetos individuais. A sociedade estruturada em torno da razão instrumental nos

---

<sup>73</sup> OST, François. **A Natureza à Margem da Lei**: ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995

<sup>74</sup> A idéia de Copérnico deu origem à formulação de novas teorias. Galileu pretendeu desvendar a natureza declinando-a em linguagem matemática. Descartes, por sua vez, buscou acabar com as desordens e obscuridades advindas do cosmos – o caos natural. Na concepção cartesiana, a natureza nada mais é do que uma determinada quantidade de matéria. Afirma François Ost: *“Para Descartes, o agrimensor-geômetra, a floresta já não é, como outrora, fonte de sabedoria e reservatório de saber; ela representa o erro e a obscuridade. Descartes procura incessantemente alcançar a claridade da planície, a certeza dos grandes espaços vazios: as longas cadeias de razões servir-lhe-ão aqui de caminho (método significa ‘caminho’ em grego antigo), como uma linha recta traçada na mais profunda das florestas, como uma ferida aberta na carne da floresta.(...) Não é apenas da floresta que é preciso escapar o mais rapidamente possível. Do mesmo modo que não gosta das grandes florestas, Descartes não aprecia as velhas cidades, cuja desordem o incomoda: tendo crescido com o decurso dos séculos, elas são bastante mal ‘compassadas’ (medidas a compasso, proporcionadas) em relação às ‘praças regulares que um engenheiro traça, na sua fantasia, num espaço amplo. Foi a ‘sorte’ (o acaso) que presidiu à sua planificação, e não a ‘vontade de alguns homens usando da razão’. Aqui transparece ainda o fantasma do engenheiro-arquitecto-demiurgo, para o qual tradição e património não têm qualquer peso diante da ‘vontade’ e da ‘razão’ do individualismo triunfante.(...) Pois esse é o verdadeiro objectivo da nova ciência que se anuncia: esta não conduzirá por si própria, nem à salvação, nem à sabedoria, nem ao conhecimento; a sua ambição é prática, o seu triunfo é técnico. O que é certo é que ela se revelará útil, à semelhança do método que permitia reconstruir um mundo novo sobre as ruínas do antigo. Ela será garantia de poder para o sujeito moderno, que se instalou na posição de demiurgo. É assim que o Discurso do Método termina, com a passagem tantas vezes citada, que exprime a quinta essência da ciência moderna, que pretende tornar-se ‘dona e senhora da natureza’.*(OST, François. *Op.cit.* 1995, p. 43, 44 e 48).

<sup>75</sup> OST, François. *Op.cit.* 1995.

<sup>76</sup> TAYLOR, Charles. **La Ética de La Autenticidad**. Barcelona: Paidós Ibérica: 1994

impôs ainda uma perda de liberdade – terceira forma de mal-estar – de maneira que as instituições e as estruturas limitam rigorosamente nossas opções<sup>77</sup>.

Portanto, essa “nova” sociedade se fundamenta essencialmente na técnica e adota uma postura de irresponsabilidade frente à natureza. Hans Jonas refere que “el triunfo del homo faber sobre su objeto externo representa, al mismo tiempo, su triunfo dentro de la constitución íntima del homo sapiens, del cual solía ser em otros tiempos servidor”<sup>78</sup>. O autor destaca que a fronteira existente entre o Estado e a natureza restou abolida. As cidades que constituíam justamente o limite que separava o homem do mundo não-humano, a partir de então, se estendem sobre toda a natureza. A capacidade tecnológica nos possibilitou alcançar metas antes reservadas somente às utopias. Entretanto, essa postura ocasionou um desequilíbrio incontornável no meio ambiente, evidenciando a limitação dos seus recursos e da capacidade de renovação destes. As experiências, repletas de incertezas, trouxeram grandes riscos e danos. Nesse jogo de incertezas, o homem acabou colocando a perigo a existência de toda a humanidade<sup>79</sup>.

A consciência da finitude e da importância do bem ambiental – e, portanto, da necessária proteção jurídica – aparecem tardiamente no processo de reconhecimento dos direitos humanos, tendo início apenas na segunda metade do século XX. É importante destacar que os problemas ambientais não foram tratados de forma explícita na Declaração Universal da ONU de 1948 nem nos primeiros documentos sobre direitos humanos.

Ainda que o problema da poluição e da escassez dos bens naturais seja anterior ao século XX, a proteção dos recursos ambientais nesse período se dava de forma isolada, através de leis esparsas. Faltava a noção de meio ambiente, como o local onde interagem os elementos da natureza. Algumas convenções protetivas passaram a ser assinadas, mas sempre com um viés exclusivamente utilitarista. Veja-se o exemplo da Convenção de Paris de 1911, para “a proteção das Aves Úteis à Agricultura”<sup>80</sup>. Nesse caso, o objetivo imediato não era resguardar o equilíbrio ecológico.

---

<sup>77</sup> TAYLOR, Charles. *Op.cit.* 1994, p. 44/46

<sup>78</sup> JONAS, Hans. *Op.cit.* 1995, p. 36

<sup>79</sup> *Ibidem.*

<sup>80</sup> De acordo do Guido Soares (SOARES, Guido Fernando Silva. *Op.cit.* 2003, p. 17), fica claro o interesse essencialmente econômico dessa convenção, eis que somente as aves consideradas úteis foram englobadas. As aves inúteis à agricultura não eram merecedoras de proteção, e aquelas que eram prejudiciais às aves úteis à agricultura deveriam ser *extirpadas*.

O direito internacional ambiental esteve, em seus primórdios, essencialmente relacionado à poluição, buscando resolver conflitos gerados entre dois Estados soberanos. Segundo Guido Soares<sup>81</sup>, o fato mais relevante ocorrido no período entre guerras tratou-se de uma arbitragem internacional entre Estados Unidos e Canadá: o caso da Fundição Trail (*Trail Smelter*). Tratava-se de uma fundição localizada no Canadá que emitia fumaça tóxica em direção aos Estados Unidos, sendo motivo de queixa dos cidadãos americanos. O governo dos Estados Unidos assumiu como seu o problema das vítimas e fez uma série de reivindicações junto ao Canadá. O Tribunal *ad hoc* emitiu sentença proibindo a poluição transfronteiriça e, portanto, rompendo com a clássica concepção da soberania estatal que permite a livre utilização do território<sup>82</sup>.

Com efeito, foi somente a partir de 1960 que se observou uma real preocupação com o meio ambiente na sociedade internacional. Nessa década, passou a surgir uma consciência ecológica, impulsionada pela ameaça de destruição do universo trazida pela utilização da energia nuclear no período da guerra fria. Da mesma forma, a ocorrência de catástrofes ambientais, como os vazamentos de nuvens tóxicas e os derramamentos de petróleo no mar, deram caráter de urgência à questão.

Na década de 60, o mundo industrial se expandia para todos os lados: países capitalistas, países socialistas e países em desenvolvimento. Eric Hobsbawm<sup>83</sup> refere que, entre 1950 e 1970, a produção mundial de manufaturas quadruplicou, enquanto a emissão de dióxido de carbono, responsável pelo aquecimento global, triplicou. O século XX herdou do anterior a idéia de que o desenvolvimento da indústria era a principal meta a ser buscada por todos os países visando ao crescimento ilimitado. A natureza era vista como uma fonte sem fim de recursos, capaz, até mesmo, de absorver todos os resíduos e materiais tóxicos depositados no ambiente. Por óbvio, essa mentalidade acelerou demasiadamente a deterioração ecológica.

---

<sup>81</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Manole, 2003, p.21/23

<sup>82</sup> A sentença de julgamento do mérito foi exarada em caráter definitivo em 11 de março de 1941 e foi assim redigida: “*Nenhum Estado tem o direito de usar ou de permitir o uso de seu território de tal modo que cause dano em razão do lançamento de emanações no ou até o território de outro*”.

<sup>83</sup> HOBBSAWM. Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

No período pós-guerra, com a divisão do mundo em dois blocos econômicos e ideológicos, não havia o que se falar em cooperação internacional para o enfrentamento dos problemas. A ONU teve importante atuação, nesse período, como mediadora, viabilizando, principalmente, a negociação de tratados sobre o desarmamento. A utilização da energia nuclear para fins militares fez com que diversos Estados se unissem através de tratados para não-utilização de armas nucleares, entre os quais devemos destacar o Tratado da Antártica de 1959. Esse período é apontado por autores como Guido Soares<sup>84</sup> e Alexandre Kiss<sup>85</sup> como o ponto de partida para do desenvolvimento do direito internacional ambiental<sup>86</sup>.

Na década de 70, o Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) teve a iniciativa de convocar uma conferência para deliberar sobre os principais problemas ambientais. A idéia da realização de uma conferência das Nações Unidas repercutiu de diferentes formas no mundo. Nos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil, a conferência foi vista, num primeiro momento, como um obstáculo ao desenvolvimento. A idéia predominante era de que a questão ambiental se tornava secundária frente à pobreza, à fome e à miséria em que se encontravam esses países. Os chefes de Estado dos países pobres entenderam que os países desenvolvidos queriam conservar intactas algumas áreas do planeta para compensar a poluição excessiva criada por eles. Entretanto, mesmo existindo alguns pontos divergentes debatidos no processo preparatório, os países em desenvolvimento, em sua maioria, estiveram presentes ao encontro. Por outro lado, a conferência de 1972 foi boicotada pelos países comunistas do Leste Europeu devido a um problema sobre o *status* de votação da Alemanha Oriental<sup>87</sup>.

Apesar de algumas repercussões negativas, realizou-se na Suécia em Estocolmo, no ano de 1972, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio

---

<sup>84</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Manole, 2003

<sup>85</sup> KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **International Environmental Law**. 3ª ed. Hardcover, 1991

<sup>86</sup> Consignamos a visão crítica do pós-guerra expressada por Hector Leis (1996). O autor entende que o desaparecimento do comunismo soviético trouxe à humanidade a falsa impressão de que seria mais fácil encontrar a solução para os problemas globais. Isto porque o mundo não estava mais política e militarmente dividido em dois grandes blocos de países. Entretanto, Leis entende que ainda que não houvesse obstáculos explícitos à cooperação internacional, não se observou nenhuma melhora efetiva na questão ambiental. Ocorre que a divisão bipolar do mundo, como explica o autor, conseguia manter um relativo controle da economia e do mercado internacional. Com o fim da guerra fria, o controle dos mercados passou a ser feito pelas grandes corporações transnacionais (organizações que ultrapassam a soberania dos Estados), gerando um desenvolvimento econômico e tecnológico desenfreado e, portanto, muito prejudicial ao meio ambiente.

<sup>87</sup> LEIS, Hector Ricardo. *Op.cit.* 1996.

Ambiente Humano – com a proposta de reconhecimento da proteção jurídica ambiental na esfera internacional. A conferência deu origem a uma declaração contendo 26 princípios, que iriam orientar todo o desenvolvimento posterior do direito internacional ambiental<sup>88</sup>.

Tanto na conferência quanto nas reuniões preparatórias, foi possível chegar a uma constatação: os problemas ambientais dos chamados países do Norte não eram os mesmos dos países do Sul. Se, nos países ricos, o desenvolvimento industrial e econômico são os responsáveis pela degradação, nos países pobres o principal motivo é a crescente pobreza. Assim, passou a se falar no *princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada*. Os princípios 9<sup>89</sup> e 12<sup>90</sup> da declaração, reconhecendo essas diferenças, destacam o compromisso de ajuda aos países pobres. Esses países conseguiram obter a declaração de que o subdesenvolvimento é uma das mais freqüentes causas de poluição do mundo.

A Conferência de Estocolmo contou com a presença das Organizações Não-Governamentais – ONGs – em um fórum que ocorreu paralelamente ao encontro da ONU. Isso significou um enorme avanço no que se refere à participação da sociedade civil, que antes ocorria de forma tímida e inexpressiva. Soares<sup>91</sup> ressalta que, a partir de Estocolmo, as ONGs passaram a se impor como entidades representativas e formadoras de opinião, tendo, por diversas vezes, contrariado os interesses dos representantes oficiais dos Estados.

Na Conferência de Estocolmo, foi votada uma resolução que instituiu o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente – PNUMA. Esse órgão é subsidiário da Assembléia Geral da ONU e tem sede em Nairóbi, no Quênia.

---

<sup>88</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Op.cit.* 2003.

<sup>89</sup> Princípio 9 da Declaração de Estocolmo (1972): *As deficiências do meio ambiente decorrentes das condições de subdesenvolvimento e de desastres naturais ocasionam graves problemas: a melhor maneira de atenuar suas conseqüências é promover o desenvolvimento acelerado, mediante a transferência maciça de recursos consideráveis de assistência financeira e tecnológica que complementem os esforços internos dos países em desenvolvimento e a ajuda oportuna, quando necessária.*

<sup>90</sup> Princípio 12 da Declaração: *Deveriam ser destinados recursos à preservação e melhoramento do meio ambiente, tendo em conta as circunstâncias e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento e quaisquer custos que possam emanar, para esses países, a inclusão de medidas de conservação do meio ambiente, em seus planos de desenvolvimento, assim como a necessidade de lhes ser prestada, quando solicitada, maior assistência técnica e financeira internacional para esse fim.*

<sup>91</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Op.cit.* 2003

A primeira conferência sobre meio ambiente da ONU representou um marco para a proteção ambiental, afinal, os Estados se uniram pela primeira vez para pensar sobre o problema. Contudo, se por um lado houve o reconhecimento da relevância da proteção ambiental, o nível de conscientização ainda se mostrou bastante limitado, de forma que as resoluções tomadas não foram implementadas por grande parte dos países signatários.

Nos anos que sucederam o encontro, diversas catástrofes ambientais ocorreram em diferentes Estados, tendo repercussão em toda a sociedade internacional. Merece destaque, a título de ilustração, a catástrofe de Chernobyl, na então União Soviética, ocorrida em 1986, resultante de um vazamento de material radioativo em uma usina. Tal desastre ficou conhecido por provocar a morte de aproximadamente 10.000 pessoas<sup>92</sup>.

Como aponta Soares, em razão da freqüência dos acidentes ambientais e do aumento nos níveis de degradação, surgiu a necessidade de buscar uma regulamentação global para os problemas dessa natureza. A maioria dos países na Assembléia Geral da ONU entendeu que uma nova conferência deveria ser convocada. Assim, transcorridos 20 anos do primeiro encontro da ONU, foi realizada, em 1992, no Rio de Janeiro, a ECO-92, outra conferência sobre meio ambiente, denominada oficialmente de Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>93</sup>. Essa conferência contou com a participação de representantes de todos os blocos do mundo, bem como com a maciça participação das ONGs. Em 1992, surgiu o termo desenvolvimento *sustentável*, demonstrando a preocupação com a natureza sem prescindir do necessário desenvolvimento dos países. Na ocasião, foram reiterados alguns pontos abordados em 1972 e, também, foram assinados importantes documentos: convenção sobre biodiversidade, convenção sobre manejo, conservação e desenvolvimento sustentável de florestas, convenção sobre alterações climáticas. Essas convenções contaram com a adesão de quase todos os Estados que participaram da conferência e, também, da União Européia<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Sobre outros acidentes ocorridos 1972 e 1992, ver SOARES, Guido Fernando Silva. *Op.cit.* 2003, p. 48/51.

<sup>93</sup> Chamamos atenção para a inserção da palavra “desenvolvimento” nessa denominação, a qual estava ausente do título da Conferência de Estocolmo de 1972.

<sup>94</sup> A União Européia é a única organização de integração econômica regional que assina como parte alguns tratados internacionais. Nessas ocasiões, os Estados membros da União Européia não têm seus votos computados a fim de evitar-se a super-representatividade (SOARES, Guido Fernando Silva. *Op.cit.* 2003);

Porém, o documento mais importante foi a Agenda 21, na qual se traçou um plano de ação para atingir a meta de desenvolvimento sustentável no século XXI. Essa agenda, elaborada e assinada pelos países participantes do evento no Rio de Janeiro, refere-se a um programa de ações em escala global e local destinadas a garantir o desenvolvimento sustentável e promover a proteção ambiental em sentido amplo. Cada país se comprometeu, na ocasião, a elaborar uma agenda de metas e diretrizes nacionais. De acordo com Guido Soares<sup>95</sup>, sem desconsiderar a importância de tal documento, a Agenda 21 deve ser vista como um ato normativo que não tem o condão de criar imposições enérgicas aos Estados, configurando-se tal como uma *soft law*.

Após a conferência, foi criado um órgão de alto nível subordinado ao Conselho Econômico e Social da ONU: a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável. Essa comissão foi criada para fiscalizar a implementação da Declaração do Rio de Janeiro e da Agenda 21 no âmbito dos Estados signatários.

A ECO-92 foi uma das sucessivas conferências sobre direitos realizadas pela ONU na década de 90<sup>96</sup>. Na concepção crítica de Hector Leis<sup>97</sup>, todas essas conferências só serviram para “fazer de conta” que providências estavam sendo tomadas, quando nada de concreto era realizado.

Em 2002, a ONU propôs uma terceira conferência sobre meio ambiente, a qual se realizou em Johannesburgo e foi chamada de Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 10). A idéia era fazer um balanço dos avanços e retrocessos verificados nos últimos 10 anos. No encontro, a conclusão a que se chegou é de que a maioria das metas da Agenda 21 não havia sido alcançada. Em muitos casos, observou-se até mesmo um retrocesso. Ainda que seja um espaço global para a discussão ecológica, a Conferência da África foi a que menos logrou êxito entre as conferências acima citadas. Isso porque, em grande parte, limitou-se a fazer um balanço do que havia sido feito nos últimos anos e pouco acrescentou em termos de metas e objetivos.

Um dos temas que ganhou repercussão na conferência foi a questão suscitada pelo Brasil referente à substituição das matrizes energéticas poluidoras

---

<sup>95</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Op.cit.* 2003

<sup>96</sup> Destacamos as seguintes conferências realizadas pela ONU na década de 90: Viena, 1993; Cairo, 1994; Copenhage, 1995; Pequim, 1995; Istambul, 1996.

<sup>97</sup> LEIS, Hector Ricardo. *Op.cit.* 1996.

por fontes renováveis de energia. O assunto, que não era pauta da Agenda 21, passou a integrar o documento final de conferência em seu artigo 19. A proposta brasileira, idealizada por José Goldenberg<sup>98</sup>, buscava aumentar em 10% a participação das energias renováveis na matriz global, até 2010, com a finalidade de diminuir o efeito nas mudanças climáticas globais. Ocorre que essas fontes de energia ainda possuíam um custo de produção muito elevado, tendo o projeto enfrentado oposições. Portanto, o resultado da conferência foi considerado pelos ambientalistas e pela imprensa como frustrante<sup>99</sup>

O debate do encontro foi considerado vago e indefinido<sup>100</sup>, deixando de estabelecer metas concretas, prazos e obrigações para enfrentar os problemas ambientais urgentes. No plano aprovado na Rio + 10, os compromissos eram voluntários, e não houve a previsão de intervenção global. Como resultado da Conferência temos a elaboração de uma Declaração política sem a legitimidade e o peso da Declaração do Rio e de um Plano de Implementação igualmente frágil.

A nosso ver, as três Conferências realizadas pela ONU sobre meio ambiente, se não alcançaram a integralidade dos objetivos propostos, no mínimo, serviram para reunir a comunidade internacional em torno do problema da degradação ambiental. Houve, como foi exposto, o reconhecimento do direito humano a usufruir de um ambiente sadio, elemento imprescindível para a sobrevivência e para a continuidade da espécie.

### **1.3.1 Globalização e Sociedade de Risco**

Quando analisamos o reconhecimento histórico do direito humano ao meio

---

<sup>98</sup> Na época, José Goldenberg era o secretário estadual de meio ambiente de São Paulo.

<sup>99</sup> LUCON, Oswaldo; COELHO, Suani. Depois da Rio + 10: as lições aprendidas em Johannesburgo. **Revista do Departamento de Geografia**, USP. São Paulo, n. 15, 2002.

<sup>100</sup> Ibidem

ambiente sadio, passamos necessariamente pela questão da globalização<sup>101</sup>. Esse fenômeno agravou em muito o quadro da degradação ecológica, lançando a sociedade na chamada era do risco. Mas, por outro lado, possibilitou uma maior conscientização global em torno da questão, merecendo, por esses motivos, uma análise mais detalhada no presente trabalho.

A globalização é fator de aumento de riscos. No mundo contemporâneo, paralelamente aos riscos que sempre existiriam na natureza (más colheitas, enchentes, pragas), surgem os riscos criados. Anthony Giddens<sup>102</sup> utiliza a expressão *risco fabricado* para designar as ameaças ambientais decorrentes da globalização. Antigamente, a idéia do risco estava ligada a uma possibilidade de cálculo<sup>103</sup>. Entretanto, na sociedade contemporânea, não é possível saber a que riscos estamos expostos até que, efetivamente, tenha ocorrido o dano.

No nosso padrão econômico, as causas dos riscos possuem as mais diversas origens, caracterizando o que o sociólogo alemão Ulrich Beck<sup>104</sup> chama de *sociedade de risco*. Beck concluiu, em seu trabalho, que, com o avanço da modernidade, a produção social da riqueza está sistematicamente acompanhada pela produção do risco. Para o autor, umas das principais conseqüências do processo de industrialização é a exposição constante da humanidade a riscos nunca antes observados. Muitos dos novos riscos, como as contaminações químicas ou nucleares e as substâncias nocivas encontradas nos alimentos, não são de imediato

---

<sup>101</sup> O fenômeno da globalização causou transformações na política, na economia, na tecnologia e na cultura globais. Para um conceito de globalização, transcrevemos a lição de Octavio Ianni (IANNI, Octavio. *Op.cit.* 1999, p. 22/23): “O alcance mundial do capitalismo, que se esboça desde os seus primórdios, desenvolve-se de maneira particularmente aberta no século XX. E adquire novas características na época iniciada com o término da Segunda Guerra Mundial, quando a emergência de estruturas mundiais de poder, decisão e influência anunciam a redefinição e o declínio do Estado-Nação. ‘As características da marcha da globalização incluem a internacionalização das finanças e seguros comerciais, a mudança da divisão internacional do trabalho, o vasto movimento migratório do sul para o norte e a competição ambiental que acelera esses processos. Elas incluem também mudanças na natureza dos Estados e nos sistemas de Estado. Os Estados estão sendo internacionalizados em suas estruturas internas e funções. Por toda a maior parte deste século, o papel dos Estados era concebido como o de um aparato protetor das economias nacionais, em face das forças externas perturbadoras, de modo a garantir adequados níveis de emprego e bem-estar nacionais. A prioridade do Estado era o bem-estar. Nas últimas décadas, a prioridade modificou-se, no sentido de adaptar as economias nacionais às exigências da economia mundial. O Estado está se tornando uma correia de transmissão da economia mundial à economia nacional.’ A globalização não é um fato acabado, mas um processo em marcha. Enfrenta obstáculos, sofre interrupções, mas generaliza-se e aprofunda-se como tendência.”

<sup>102</sup> GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2003

<sup>103</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999

<sup>104</sup> BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo**: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002

perceptíveis. Esses perigos, em alguns casos, são ativados ao longo da vida dos afetados, podendo atingir até mesmo seus descendentes. Como um exemplo, podemos citar as mutações genéticas causadas pela radioatividade que poderão originar doenças futuras, cujas causas jamais poderão ser apontadas com certeza<sup>105</sup>. Trata-se de uma característica inerente ao mundo globalizado que demonstra, principalmente, a incapacidade científica de controlar os efeitos gerados pelo modelo de produção capitalista.

Portanto, a globalização trouxe consigo um estado de *irresponsabilidade organizada*, uma categoria de distribuição de prejuízos. Sobre o assunto, aponta Ulrich Beck<sup>106</sup>:

Esto queda más claro aún si tomamos en consideración el modelo especial de reparto de los riesgos de la modernización: éstos poseen una tendencia inmanente a la globalización. A la producción industrial le acompaña uno universalismo de los peligros, independientemente de los lugares de su producción: las cadenas de alimentos conectan en la práctica a todos los habitantes de la Tierra. Atraviesan las fronteras. El contenido en ácidos del aire no ataca solo a las esculturas y a los tesoros artísticos, sino que há disuelto ya desde hace tiempo las barreras aduaneras modernas.

Nessa sociedade que convive constantemente com o risco, a forma de Estado soberano que conhecemos se mostra insuficiente, uma vez que os problemas enfrentados dentro dos Estados têm repercussões não apenas locais, mas globais e multilaterais. O risco ecológico global deve ser enfrentado pelos Estados de forma conjunta, pois as ameaças não estão delimitadas às fronteiras nacionais<sup>107</sup>.

A existência do risco é anterior ao mundo globalizado em que vivemos atualmente. Entretanto, como enfatiza Ost<sup>108</sup>, o risco que permeava os outros modelos sociais era de natureza diferente. Na sociedade liberal do século XIX, o risco é visto como um acontecimento exterior e imprevisto, tendo uma conotação de acidente ou golpe do destino. Num segundo momento, no estado de bem-estar social, o risco passa a ser previsível. Segundo o autor, a sociedade é, então, protegida pelo Estado, já que os riscos podem ser calculados e mensurados. O Estado, de certa forma, domina o risco.

---

<sup>105</sup> BECK, Ulrich. *Op.cit.*, 2002, p. 33

<sup>106</sup> Idem, p. 42

<sup>107</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Op.cit.* 2003

<sup>108</sup> OST, François. *Op.cit.* 1999.

A terceira fase na história do risco que o referido autor pontua seria a da sociedade contemporânea, na qual os riscos são globais, transgeracionais, enormes (catastróficos), irreversíveis e pouco ou nada previsíveis. A sociedade do risco é fruto de nossas opções tecnológicas e do nosso alto padrão de consumo. Nesse estado de urgência, a sociedade precisa rever constantemente suas escolhas e os efeitos que elas geram no meio ambiente<sup>109</sup>. Nesse espírito, a declaração do Rio de 1992, mencionada anteriormente, dispôs, em seu princípio 15, a necessidade de observar o princípio da precaução sempre que estivermos diante da ameaça de danos graves ou irreversíveis. Vejamos a redação:

Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

É interessante observar que esse princípio não estava presente na primeira conferência da ONU (Estocolmo/1972), tendo sido acrescentado no encontro do Rio de Janeiro. A positivação do princípio da precaução indica que, de alguma forma, avançou-se no sentido de reconhecer o valor fundamental do meio ambiente.

Diante disso, percebe-se que o atual fenômeno da globalização se, por um lado, contribuiu para o aumento da degradação da natureza, por outro impulsionou o processo de reconhecimento do direito humano ao meio ambiente. A interconectividade proporcionada pela globalização contribuiu, entre outras coisas, para que a sociedade civil se organizasse em prol da defesa do meio ambiente, contribuindo para essa positivação. Devido ao enorme avanço tecnológico trazido pela globalização, essas organizações não-governamentais passaram a trocar informações com suas correlatas em outros países, possibilitando o surgimento de ações integradas e mais eficazes. Como afirma Otávio Ianni<sup>110</sup>, “dissolvem-se fronteiras e desenraizam-se as coisas, as gentes e as idéias; formam-se linguagens globais”.

À guisa de conclusão, podemos afirmar que a consciência da fragilidade do meio ambiente, estimulada por diversos fatores aqui mencionados – conferências da

---

<sup>109</sup> OST, François. *Op.cit.* 1999

<sup>110</sup> IANNI, Octavio. *Op.cit.* 1999, p. 47

ONU, catástrofes ambientais, riscos inerentes ao mundo tecnológico e globalizado –, contribuíram para a unificação de uma ordem jurídica global protetiva do meio ambiente. A noção de importância dos recursos naturais para a permanência da vida humana desperta na comunidade internacional a necessidade de tutelar um campo que tradicionalmente não era objeto de normas jurídicas internacionais, já que o território de cada Estado soberano era da competência exclusiva dos respectivos governos nacionais<sup>111</sup>.

Portanto, o reconhecimento do direito humano ao usufruto de um ambiente sadio e equilibrado acarreta dois desdobramentos: os indivíduos percebem que precisam conservar o ambiente do qual dependem e, ao mesmo tempo, entendem que esse é um problema que só pode ser pensado de forma global.

#### 1.4 RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA

Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o tema da moradia não foi sequer referido. E nem poderia ser de outra forma, já que esse texto consagrou as liberdades individuais, buscando garantir a não-intervenção do Estado, na época representado pelo soberano.

Além disso, houve a consagração máxima da propriedade no artigo 17 do texto francês:

Art. 17. Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.

É interessante observar que a sacralidade da propriedade estava presente nas sociedades antigas. A propriedade greco-romana estava intimamente ligada à religião e foi vista como sagrada, simbolizando o ambiente da família, sede do deus-lar, marcado pela imobilidade e pela fixidez<sup>112</sup>. A burguesia francesa, contudo, atribuiu caráter sagrado à propriedade, mas em outro sentido, dando ao patrimônio o aspecto fluido dos bens de mercado.

---

<sup>111</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Op.cit.* 2003, p. 8

<sup>112</sup> COMPARATO, Fábio konder. *Op.cit.* 2001

Uma sociedade que busca proteger as liberdades individuais não poderia ter a preocupação com o problema da moradia digna para todos os indivíduos. Observe-se que o direito à moradia, por sua natureza social, reclama um Estado presente e interventor e, além disso, se coloca, não raras vezes, em conflito com o direito à propriedade privada.

O direito humano à moradia é classificado como um direito social e econômico, não integrando o rol de direitos civis de primeira dimensão. Seu reconhecimento inicia após a primeira guerra mundial, com o advento do Estado Social de Direito (welfare state). O Estado buscou colocar em prática uma gama de prestações positivas em benefício da coletividade, obrigando-se a prover a moradia adequada aos cidadãos nacionais. Essa noção foi tratada de maneira não-uniforme pelas constituições e legislações nacionais até ser universalizada na Declaração de Direitos da ONU de 1948.

Diferentemente da questão ambiental, o problema da moradia foi mencionado na declaração da ONU. Logo, é possível apontar esse documento como o primeiro marco em termos de reconhecimento universal do direito humano à habitação<sup>113</sup> como dispõe o art. XXV, item 1 da declaração de 1948:

Todos têm direito a um padrão de vida adequado de saúde e bem-estar para si e para sua família, incluindo alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os necessários serviços sociais, e o direito à segurança no advento de desemprego, doença, incapacidade, viuvez, velhice ou falta de condições de subsistência em circunstâncias acima de seu controle.

A sociedade internacional reconheceu a moradia adequada como um direito humano a ser garantido em esfera nacional e global. Esse reconhecimento se deu no segundo momento da positivação dos direitos humanos e foi, em grande parte, estimulado pelos eventos da Organização das Nações Unidas. O pacto internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 ratificou os preceitos da declaração de 1948 e buscou promover medidas governamentais no campo da saúde, previdência, habitação. Para o cumprimento dos propósitos relativos aos direitos humanos, as Nações Unidas constituíram diversos organismos e agências especializadas como a OIT (trabalho), a UNICEF (criança) e o PNUMA (programa

---

<sup>113</sup> Importante esclarecer, desde já, que, embora alguns autores estabeleçam uma distinção conceitual entre “moradia” e “habitação”, nesse trabalho optamos por utilizar os termos como sinônimos.

para o meio ambiente). Especificamente em relação à proteção do direito à moradia, foi criado o CNUAH (Centro das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos) com sede em Nairóbi, Quênia.

O direito à habitação adequada foi reafirmado em duas conferências da ONU sobre os assentamentos humanos em 1976 e 1996 (Habitat I e Habitat II). A Conferência Habitat II, realizada em Istambul em 1996, determinou que o combate à pobreza e o oferecimento de moradia adequada são os meios para atingir o conceito de Cidade Sustentável. Esse evento consolidou a participação das Organizações Não-Governamentais, que já havia iniciado na ECO-92. As ONGs participaram oficialmente do fórum principal, bem como de um fórum paralelo, denominado Fórum dos Parceiros. Nesta Conferência foi aprovado um documento denominado Agenda Habitat, no qual os países participantes se comprometeram a implementar e monitorar os resultados dos planos de ação. Depreende-se da leitura da Agenda Habitat, em seu Capítulo 1<sup>114</sup>, a seguinte conclusão:

Quanto mais cedo as comunidades, os Governos locais e as parcerias – entre os setores público, privado e comunitário – juntarem esforços para criar estratégias abrangentes, corajosas e inovadoras para habitação e assentamentos humanos, melhores serão as perspectivas para segurança, saúde e bem-estar dos povos e melhor será o panorama para soluções para o meio ambiente global e os problemas sociais.

Uma das principais questões colocadas em pauta no evento foi a definição de um novo papel para o Estado. Na Conferência Habitat I, ocorrida em Vancouver, em 1976, acreditava-se que a solução para a questão urbana estava no fortalecimento dos Estados Nacionais, deixando os governos locais com pouca – ou nenhuma – autonomia. Na Habitat II, concluiu-se que o modelo ideal de gestão urbana deveria passar pela descentralização e pelo fortalecimento do poder local. Tratou-se, também, de ressaltar as parcerias entre poder público e capital privado.

Anteriormente à realização do evento, foram selecionadas 18 práticas bem-sucedidas de gestão em cidades brasileiras, entre elas Porto Alegre, com o seu Orçamento Participativo. Essas práticas, em sua maioria, preconizavam o poder local em detrimento do poder federal e, principalmente, valorizavam a participação direta dos cidadãos em processos decisórios.

---

<sup>114</sup> AGENDA Habitat para Municípios. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

Entretanto, é importante observar que o modelo de descentralização e parcerias defendido sofreu algumas críticas. Ermínia Maricato<sup>115</sup> entende que essa idéia de descentralização acabou servindo para a ideologia neoliberal, a qual pretende o enfraquecimento dos Estados, que passam a não intervir na economia, deixando que o mercado se auto-regule através da concorrência.

Vejamos a posição de Maricato:

É impossível para qualquer bom observador não desconfiar de tanto empenho no fortalecimento do poder local, considerando que as tendências do processo de acumulação já apontam para a desregulamentação de políticas nacionais. Os países centrais, entretanto, continuam protegendo seus setores estratégicos, em contraposição à maior parte dos países periféricos que não o fazem<sup>116</sup>.

Críticas à parte, é preciso reconhecer que a Habitat II evoluiu consideravelmente em relação à primeira conferência realizada em 1976. Em Istambul, foi reforçada a idéia de desenvolvimento sustentável abordada na ECO-92. Destacamos, em especial, a percepção de que, nas “cidades do Sul”<sup>117</sup>, os problemas de sustentabilidade estão diretamente ligados aos problemas sociais.

Como foi demonstrado, a moradia é colocada na sociedade internacional como um dos requisitos imprescindíveis para um padrão de saúde e de bem-estar vital. Sarlet<sup>118</sup> aponta que os direitos sociais de cunho prestacional – e, aqui, certamente se enquadra a moradia – devem garantir o mínimo necessário a uma existência digna. Note-se que o Estado, como coloca o autor, deve assegurar esses direitos mínimos não simplesmente para garantia da existência humana, mas, sobretudo, para proporcionar uma existência digna. Assim, uma vez reconhecido o direito humano à moradia, resta-nos determinar quais seriam os elementos que integram o mínimo necessário para uma moradia adequada. Sabemos que não há o que se falar em rol fixo de elementos, pois claro está que as condições para uma moradia adequada só poderiam ser delimitadas em face de um critério temporal e espacial. Entretanto, para chegar a um possível significado atual para a “adequação” da habitação, baseamo-nos nos elementos da moradia arrolados no comentário nº 4

---

<sup>115</sup> ERMÍNIA, Maricato. Metrópole, legislação e desigualdade. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 17, n. 48, 2003. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=SO103-40142003000200013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO103-40142003000200013) & ING = ES & NRM = ISO Acesso em 10 out 2006

<sup>116</sup> Idem, p. 27

<sup>117</sup> Linguagem utilizada na conferência para designar os países pobres.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a, p. 92/93

proferido pelo Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos Sociais e Culturais<sup>119</sup>:

- **Segurança Jurídica da Posse:** os moradores devem estar protegidos de despejos forçados e outros tipos de ameaças;
- **Disponibilidade de Serviços e Infra-Estrutura:** acesso à água potável, energia, saneamento, serviço de tratamento de resíduos, transporte, iluminação pública;
- **Custo da Moradia Acessível:** proporcionalidade entre o custo pago pelos moradores na habitação (aluguel ou financiamento) e a renda familiar;
- **Habitabilidade:** a moradia deve ter condições físicas e de salubridade adequadas;
- **Acessibilidade:** as habitações devem contemplar os grupos sociais vulneráveis, como os deficientes físicos;
- **Localização:** moradia adequada significa estar situada em locais integralmente providos de serviços de transporte (facilitando o acesso ao emprego), serviços de saúde, escolas, cultura e lazer;
- **Adequação Cultural:** respeito aos padrões habitacionais provenientes dos costumes das diferentes comunidades e grupos sociais.

Como podemos observar, os requisitos *supra* indicados, assim como quaisquer outros elementos que venham a estar vinculados a um conceito de moradia adequada, nos remetem necessariamente a outros conceitos juridicamente abertos como “localização adequada”, “custo acessível”, “condições de salubridade adequada”, apenas para citar alguns exemplos. Entendemos que estes conceitos só poderão ser preenchidos na função hermenêutica, em que o intérprete, temporal e espacialmente situado, integra de forma legítima estas aberturas do ordenamento jurídico.

---

<sup>119</sup> OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia na América Latina. In ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (coords.) **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade:** diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.32/33

## 2 OS MOVIMENTOS SOCIAIS E A CONQUISTA DOS DIREITOS

Os direitos humanos tiveram sua origem num combate de idéias; ou seja, “antes de serem inscritos numa constituição ou num texto jurídico, anunciam-se sob a forma de movimentos sociais, de tensões históricas”<sup>120</sup>. Os movimentos sociais de defesa dos direitos humanos contribuíram para impulsionar a implementação dos direitos já reconhecidos a partir das revoluções liberais do século XVIII. Estes grupos sociais se diferenciam de acordo com os bens reivindicados, entretanto, todos têm como fim maior a conquista da cidadania. No Brasil, a luta dos movimentos sociais iniciou no século XIX.

Antes da proclamação da República, já existiam no nosso país diversos movimentos sociais que buscavam mudanças nas condições de vida e, paralelamente, almejavam a independência política e econômica em relação a Portugal. Esses grupos, entretanto, não constituíam uma unidade política, nem possuíam uma pauta de ações estratégicas para a defesa dos direitos. Contudo, algumas lutas travadas na primeira metade do século merecem destaque por terem mobilizado os mais diferentes atores sociais: estudantes, trabalhadores, escravos e membros da burguesia<sup>121</sup>.

Na segunda metade do Século XIX, já existiam em torno de 70 grupos sociais que lutavam pelas mais diversas bandeiras. Com o fim do regime escravo no Brasil e, diante do enfraquecimento das antigas oligarquias rurais surge uma nova classe de domínio, conhecida pela política do café com leite. Ademais, neste período ocorreu o crescimento das cidades, gerando uma série de novas demandas relativas à população urbana.

Neste contexto, os movimentos sociais ganham força. A bandeira dessas lutas era, sobretudo, a luta pela ampliação da cidadania e a busca pelo poder político<sup>122</sup>. Os movimentos políticos de cunho anarquista e socialista tiveram grande repercussão entre os trabalhadores e imigrantes no Brasil. A sociedade civil começou a se organizar para oferecer ajuda e assistência à população. Na ausência

---

<sup>120</sup> MBAYA, Etinne Richard. *Op.cit.* 1997, p. 20

<sup>121</sup> RIZOTTI, Maria Luíza Amaral. Estado e Sociedade Civil na História das Políticas Sociais Brasileiras. **SEMINA: Ciências Sociais Humanas**, Londrina, v. 22, set. 2001. p. 41

<sup>122</sup> *Ibidem*

de pressão política suficiente para que o governo provesse as demandas, estas organizações da sociedade civil acabaram por exercer o papel do Estado.

A partir da década de 30, na era Vargas, finalmente as questões sociais passaram a integrar o projeto político nacional. As oligarquias rurais entraram em declínio neste período, dando lugar à burguesia industrial e ao proletariado urbano. Como afirma Maria Luíza Amaral Rizotti<sup>123</sup>, a concretização do Estado Novo de Getúlio se via, de certa forma, ameaçada pelos movimentos sociais de trabalhadores rurais e urbanos. Neste contexto, surgem políticas sociais no seio do governo, principalmente com o intuito de controlar os movimentos sociais. As legislações trabalhistas, em que pese a sua importância histórica, serviram como meio de controle por parte do Estado da classe proletária e dos sindicatos. Como exemplo desta política social do governo, podemos citar ainda as inovações nas áreas da Educação e da Cultura; o ensino fundamental passou a ser obrigatório e diversos bens culturais de caráter nacionalista foram disseminados<sup>124</sup>. Contudo, muitos movimentos não se aliaram ao governo e permaneceram com as suas lutas e reivindicações.

No histórico dos movimentos sociais brasileiros, os jovens assumem peculiar importância. No final da década de 30, foi criada a UNE – União Nacional dos Estudantes. Algumas décadas mais tarde, esta organização teria participação importante na luta contra a ditadura no Brasil.

Na década de 60, o Brasil era o cenário de muitos movimentos sociais organizados, cujas vozes restaram silenciadas com a derrubada do governo constitucional e a instauração da ditadura. Neste governo autoritário, as reivindicações populares foram violentamente reprimidas: sindicatos foram fechados, líderes sociais e políticos foram torturados, a imprensa foi censurada, etc. A cidadania e a democracia que haviam sido gradualmente construídas foram derrubadas. Alguns grupos sociais, mormente o movimento estudantil, inspirados nas Revoluções Cubana e Chinesa, apresentaram resistência à opressão do governo ditatorial, promovendo ações clandestinas de oposição. Além disso, com o fechamento dos partidos políticos, as lutas sociais encontraram outros locais de

---

<sup>123</sup> RIZOTTI, Maria Luíza Amaral. *Op.cit.* 2001.

<sup>124</sup> *Idem*, p. 43

expressão – comunidade, associações de bairros... - e novos sujeitos<sup>125</sup>. Entretanto, as lutas sociais, em sua maioria, se mantiveram na clandestinidade neste período.

Somente no final da década de 70, diante do esgotamento do modelo de crescimento do regime militar e do agravamento das condições de vida da população, é que houve um renascimento das mobilizações populares. Neste período, um dos eixos de articulação da sociedade civil brasileira, voltada para a reivindicação de bens, serviços e direitos negados pelo regime político vigente, era a noção de autonomia, no sentido de evitar qualquer aliança com o Estado<sup>126</sup>. De acordo com Maria da Glória Gohn<sup>127</sup>, os movimentos sociais apostavam na democracia direta e participativa como forma única de construção de uma contra-hegemonia ao poder dominante. A autora chama atenção para o aparecimento de novos atores sociais, com destaque para os movimentos sociais urbanos pela terra e pela moradia e para os denominados novos movimentos sociais relacionados à raça, gênero, meio ambiente. Verifica-se, nesta época, um pluralismo dos grupos organizados, eis que a luta social deixa de ser centralizada nos sindicatos e partidos políticos.

Com a saída dos militares do poder em 1985, ocorre uma alteração no nível de participação da sociedade civil<sup>128</sup>. Diante da abertura dos canais de representação política, os movimentos sociais populares perdem a posição central na luta pelas mudanças. A idéia de autonomia dos membros da sociedade civil perde a razão de ser e o Estado passa a ser objeto de desejo das forças civis organizadas. A partir de então, emergem no Brasil novos movimentos comprometidos com a ampliação da democracia.

Maria da Glória Gohn<sup>129</sup> ressalta o papel da sociedade civil :

A importância da participação da sociedade civil se faz neste contexto não apenas para ocupar espaços antes dominados por representantes de interesses econômicos, enclavados no Estado e seus aparelhos. A importância se faz para democratizar a gestão da coisa pública, para

---

<sup>125</sup> Maria do Carmo A.A. Carvalho (1998) destaca a participação da igreja nestes novos movimentos sociais. As igrejas (não somente a igreja católica), inconformadas com as injustiças sociais, passam a apoiar o povo no dia-a-dia de greves e ocupações, inspiradas pela "Teologia da Libertação".

<sup>126</sup> GOHN, Maria da Glória Marcondes. **O Protagonismo da Sociedade Civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. São Paulo: Cortez, 2005

<sup>127</sup> Idem, p. 72

<sup>128</sup> Ibidem

<sup>129</sup> Idem, p. 79

inverter as prioridades das administrações no sentido de políticas que atendam não apenas as questões emergenciais, a partir do espólio de recursos miseráveis destinados às áreas sociais.

Como demonstramos, a luta dos movimentos sociais no Brasil desempenhou um papel fundamental para o estudo do reconhecimento dos direitos humanos. Em razão da relevância apontada, dedicaremos algumas páginas deste estudo aos movimentos sociais de proteção à moradia e ao meio ambiente.

## 2.1 A LUTA PELA DEFESA DO MEIO AMBIENTE : ANTROPOCENTRISMO X BIOCENRISMO

É certo que o homem, desde sempre, se relacionou com a natureza transformando-a. A simples presença dos seres humanos no ecossistema altera profundamente as relações biológicas do meio. Contudo, é a partir do Estado Moderno que se verifica uma apropriação essencialmente negativa do ambiente.

Na clássica concepção de Aristóteles, segundo Hector Leis<sup>130</sup>, existia uma correspondência entre a política e a ordem natural. Não há um antagonismo entre o momento pré-político e o surgimento do Estado. A evolução da humanidade é concebida sem que se altere substancialmente a relação homem/natureza.

Diferentemente do paradigma clássico, a teoria política moderna pretendeu buscar uma autonomia em relação ao Estado, tornando este independente da natureza. A natureza, assim, é vista como um “outro” alheio e oposto ao indivíduo – ela representa uma ameaça em potencial da qual o ser humano deve se proteger. Segundo a concepção contratualista de Hobbes, o indivíduo, por um ato voluntário, sai do Estado de Natureza e passa para o Estado Civil<sup>131</sup>. Ou seja, o Estado Civil é a antítese do Estado pré-político. O natural é concebido como a negação do humano.

É também na modernidade que surge a idéia do indivíduo apartado do grupo, da família ou do clã. O homem se torna o centro do mundo e as coisas que eram

---

<sup>130</sup> LEIS, Hector Ricardo. **A modernidade insustentável**: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999

<sup>131</sup> LEIS, Hector Ricardo. **O Labirinto** : ensaios sobre o ambientalismo e globalização. São Paulo: Gaia; Santa Catarina: Fundação Universidade de Blumenau, 1996, p. 29

antes partilhadas, passam a ser de propriedade exclusiva. Assim, os espaços naturais passam ao domínio do homem que irá preenchê-los de acordo com as suas próprias leis – de mercado, de propriedade, de livre iniciativa no comércio<sup>132</sup>. Dessa forma, o meio ambiente, aos poucos, foi se tornando um bem passível de valoração.

O grande problema é que os recursos naturais em geral não são renováveis. Em alguns casos, podem até se renovar, mas não na mesma proporção em que são utilizados pela voraz atividade produtiva da sociedade capitalista. Com a escassez dos recursos, o meio ambiente se tornou um bem jurídico valioso que será utilizado por alguns indivíduos em detrimento de outros.

Mas, afinal, que espécie de ética estaria por trás da relação entre o homem e a natureza? Teria a natureza um valor em si ou apenas na medida em que serve ao ser humano? Passaremos a seguir à análise de duas importantes correntes de direito ambiental apontadas por François Ost<sup>133</sup>: a corrente biocêntrica e a corrente antropocêntrica.

Primeiramente, é de se referir a corrente biocêntrica que atribui um valor intrínseco ao ambiente, independente da sua valoração enquanto objeto útil ao ser humano. A teoria evolutiva tem reforçado esta noção, eis que atribui uma origem comum a todos os seres vivos, incluindo os seres humanos.

Ost<sup>134</sup> discorre sobre a corrente biocêntrica radical internacionalmente conhecida como *deep ecology*. Esta linha doutrinária se desenvolveu essencialmente nos Estados Unidos e tem como ponto nuclear atribuir um caráter divino ou uma força moral à natureza. Diante disso, o meio ambiente natural teria uma espécie de “dignidade” própria e direitos intrínsecos a opor aos humanos.

Na ecologia radical, o homem deixa de ser a medida e o fim de todas as coisas e passa a ser apenas um integrante do ecossistema. Trata-se de alargar o círculo; a medida de todas as coisas será o universo inteiro. Assim, ocorre uma passagem do individualismo ao holismo, fazendo com que num conflito entre direitos humanos e a natureza prevaleça esta (superioridade do conjunto sobre as partes).

A natureza para a *deep ecology* não é apenas um objeto que serve ao homem, mas um ente digno de valoração e proteção. Inclusive o próprio termo

---

<sup>132</sup> François Ost (1995) ressalta a contribuição de John Locke e da Revolução Francesa para a construção da concepção de liberdade e propriedade que aqui se refere.

<sup>133</sup> OST, François. *Op.cit.* 1995.

<sup>134</sup> *Ibidem*

“ambiente” é criticado porque coloca a natureza como aquilo que está em torno do suposto centro, ou seja, do homem. Essa corrente filosófica propõe um retorno ao estado de natureza, uma vez que o estado civil ou político, estabelecido pelo contrato social, é visto como o causador dos riscos e dos perigos<sup>135</sup>.

Esta concepção contraria a idéia do ser humano como único e verdadeiro fim, idéia esta defendida pelo postulado ético de Kant:

Os entes, cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso “coisas”; os entes racionais, ao contrário, denominam-se “pessoas”, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre arbítrio.<sup>136</sup>

De acordo com Kant, se somente o ser humano vive em condições de autonomia, apenas ele pode ter dignidade. Então, diante da dignidade humana, todas as outras coisas – inclusive a natureza – teriam um valor relativo.

Com efeito, a crítica que se faz à tese biocêntrica é que, igualando o ser humano e a natureza, se diminui o valor de ambos. Ora, se não se reconhece nenhuma característica que separa o homem das demais espécies vivas, se exclui do homem a moralidade e a racionalidade. A idéia biocêntrica radical concebe o homem como mero integrante do universo sem lhe reconhecer nenhuma especificidade.

Por outro lado, existe a corrente filosófica antropocêntrica para a qual a natureza não passa de uma mera quantidade de matéria. Trata-se da expressão máxima do individualismo. Descartes é o expoente desta visão racionalista que busca substituir o caos da experiência e da natureza (a floresta é vista por ele como obscura) pela representação coerente do mundo. Diante disso, tudo é controlado pelo homem e pode ser descrito numa hipótese ou num teorema.

Na visão moderna cartesiana, a natureza torna-se objeto da ciência, bem de consumo, obra prima para a produção industrial. Então, não haveria um valor ambiental a ser protegido por si mesmo, mas somente na medida em que é

---

<sup>135</sup> OST, François. *Op.cit.* 1995

<sup>136</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003, citado por Fábio Comparato: COMPARATO, Fábio konder. *Op.cit.* 2001.

necessário ao ser humano. É instaurada uma ruptura entre o homem e o resto da criação. O homem tem o domínio dos ecossistemas, podendo até mesmo interferir e modificar as leis naturais. Trata-se da era do artifício e da técnica que não conhece limites.

O ecologista Lynn White destaca a contribuição da religião para a concepção antropocêntrica<sup>137</sup>. Em primeiro lugar, o catolicismo substituiu a idéia cíclica de tempo, por uma história linear do progresso que culmina com a criação do ser humano feito à imagem e semelhança de Deus, destinado a dominar a natureza. Além disso, ocorre a dessacralização da natureza. Na antiguidade clássica, existia uma concepção anímica dos elementos naturais e cósmicos, segundo a qual, todo ente tinha uma “alma” (deus sol, divindade lua, montanha sagrada, etc.). O animismo desaparece na religião, dando lugar a uma indiferença em relação à natureza enquanto ser vivo. Lynn White aponta, ainda, como característica desta religião o fim do ideal de contemplação característico dos gregos e das religiões orientais. Ao contrário, a religião, especialmente a religião católica exalta o valor da ação em detrimento da contemplação, o que acaba por estimular o ímpeto de conquista/exploração da natureza.

A filosofia antropocêntrica foi adotada no desenvolvimento dos Estados capitalistas, principalmente no Ocidente. Tal relação de apropriação do meio ambiente fez com que o planeta chegasse ao atual nível de degradação: escassez de recursos, sucessivas catástrofes ambientais, qualidade de vida comprometida, etc.

Após a exposição das duas correntes filosóficas, é possível concluir que ambas apresentam limitações. Se, por um lado, a idéia biocêntrica iguala o ser humano com a natureza; por outro, a visão antropocêntrica faz com que o homem se aproprie do meio ambiente até destruí-lo. É necessário, pois, que se reconheçam os vínculos e limites entre os indivíduos e os demais seres naturais.

De acordo com François Ost<sup>138</sup> precisamos repensar a nossa relação com a natureza descobrindo o que dela nos distingue e o que a ela nos liga. A interdependência dos seres humanos com o meio fica evidente se pensarmos que a destruição da natureza representa a impossibilidade de vida humana na Terra. A

---

<sup>137</sup> WHITE *apud* ROZZI, 1997

<sup>138</sup> OST, François. *Op.cit.* 1995

atividade humana afeta sobremaneira o meio ambiente e, em contrapartida, esta modificação também nos afetará. Por isso, devemos buscar novos caminhos para uma utilização harmônica e sustentável dos recursos naturais.

Nesse sentido, vejamos a bela metáfora utilizada por Murgel Branco<sup>139</sup>:

O Homem pertence à natureza tanto quanto - numa imagem que me parece apropriada - o embrião pertence ao ventre materno: originou-se dela e canaliza todos os seus recursos para as próprias funções e desenvolvimento, não lhe dando nada em troca. É seu dependente, mas não participa (pelo contrário, interfere) de sua estrutura e função normais. Será um simples embrião se conseguir sugar a natureza, permanentemente, de forma compatível, isto é, sem produzir desgastes significativos e irreversíveis; caso contrário, será um câncer, o qual se extinguirá com a extinção do hospedeiro.

Ao que parece, não se trata de retirar o homem do centro, já que não se pode negar que somente ele possui consciência e racionalidade. Contudo, precisamos reconhecer que também o meio que o cerca necessita de proteção por seu próprio valor. Ainda que o homem esteja no centro, ele deve se preocupar com as partes periféricas ou mais distantes de si mesmo<sup>140</sup>.

Por isso, é possível se falar em um *antropocentrismo alargado*<sup>141</sup>, o qual defende a proteção da natureza tanto pela sua capacidade de aproveitamento pelo homem quanto pelo seu valor intrínseco. A idéia é superar a dicotomia biocentrismo-antropocentrismo. Assim, todos os seres humanos têm o direito de usufruir de um ambiente sadio, imprescindível a sua sobrevivência na Terra. Mas a esse direito corresponde um dever de zelo e de cuidado, através de uma utilização consciente e sustentável do bem ambiental. A propósito, reconhecer o ambiente natural como um bem jurídico (ou seja, de titularidade humana) é a única forma para se alcançar algum tipo de proteção ou de preservação do planeta Terra o que, em última análise, representa a preservação da espécie humana.

Como ensina Edgar Morin<sup>142</sup>, os indivíduos se encontram numa relação de interdependência com as espécies não humanas. Os destinos singulares dependem e determinam o destino do planeta; todos são ao mesmo tempo, causa e efeito,

---

<sup>139</sup> Trecho extraído do livro “Conflitos Conceituais nos estudos sobre meio ambiente” de Murgel Branco, citado por LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

<sup>140</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003

<sup>141</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Op.cit.* 2002

<sup>142</sup> MORIN, Edgar. **O Método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005

produtor e produto. Por isso, Morin<sup>143</sup> destaca a importância de se adotar uma postura ética (que chama de *antropoética*) em relação à natureza:

A Terra não é a soma de um planeta físico, de uma biosfera e de uma humanidade. A Terra é uma totalidade complexa física-biológica-antropológica em que a Vida é uma emergência da sua história e o homem uma emergência da história da vida. A relação com a natureza não pode ser concebida de maneira redutora ou separada. A humanidade é uma entidade planetária e biosférica. O ser humano, ao mesmo tempo natural e sobrenatural, deve buscar novas forças na natureza viva e física da qual emerge e da qual se distingue pela cultura, pelo pensamento e pela consciência. Nosso vínculo consubstancial com a biosfera nos leva a abandonar o sonho prometido do controle da natureza pela aspiração ao convívio na terra.

Esta nova ética proposta por Morin transparecer também na lição de Hans Jonas<sup>144</sup>, como referimos anteriormente nesta pesquisa e cabe aqui retomar. O homem percebe a vulnerabilidade da natureza com o advento dos danos provocados pela técnica. Segundo o autor, se o homem influi de maneira a modificar significativamente a natureza, ou seja, tem poder sobre ela, deve ter também a noção da responsabilidade. Se em outros tempos a ação sobre os objetos não humanos não integrava o âmbito da ética – a ética tradicional dizia apenas com a relação do homem para com o homem - agora a conservação da natureza, da qual a sobrevivência do homem depende, passa a ser também um interesse moral<sup>145</sup>. O indivíduo é responsável por conservar o mundo de forma que as condições de sobrevivência permaneçam intactas para as gerações futuras<sup>146</sup>.

Hans Jonas coloca o princípio da precaução como necessário informador das condutas humanas na era da tecnologia. Nos assuntos que envolvem consequências em nível global, precisamos dar mais ouvidos às previsões catastróficas do que às otimistas. A nova consciência ética impede que um indivíduo coloque em risco, nas suas apostas, a totalidade dos interesses dos outros, "...a mi

<sup>143</sup> MORIN, Edgar. *Op.cit.* 2005, p. 160

<sup>144</sup> JONAS, Hans. *Op.cit.* 1995

<sup>145</sup> *Ibidem*

<sup>146</sup> "Así, pues, si la nueva naturaleza de nuestra acción exige una nueva ética de más amplia responsabilidad, proporcionada al alcance de nuestro poder, entonces exige también – precisamente en nombre de esa responsabilidad – una nueva clase de humildad. Pero una humildad no debida, como antes, a nuestra insignificancia, sino a la excesiva magnitud de nuestro poder, es decir, al exceso de nuestra capacidad de valorar y de juzgar. Ante el potencial casi escatológico de nuestros procesos técnicos, la ignorancia de las consecuencias últimas será en si misma razón suficiente para una moderación responsable, que e lo mejor, tras la posesión de la sabiduría." (JONAS, Hans. *Op.cit.* 1995, p. 56)

acción no le es lícito poner em juego todo el interes de los otros que son afectados - y que em este caso son los hombres futuro”<sup>147</sup>. Por isso, a mera possibilidade de dano tem que ser vista como risco inaceitável. Como pontua Jonas, ocorre uma inversão do cartesiano princípio da dúvida, segundo o qual tudo aquilo que desperta dúvida deve ser tido como manifestamente falso. Quando estamos falando de meio ambiente e do futuro da humanidade, tudo o que despertar dúvida (risco de ocorrência de um dano, por exemplo), deve ser tido como certo.

Enfim, esta noção de responsabilidade que nos fala o autor é oriunda do nosso poder sobre a natureza - poder de destruição, inclusive – e nos obriga a reconhecer na natureza uma *dignidade de fim*; uma integridade no meio ambiente que nos leva a protegê-lo. Os seres humanos têm a responsabilidade do cuidado, reconhecido como dever, por outro ser vulnerável (natureza).

### 2.1.1 O Movimento Ambientalista no Mundo

Esta noção de responsabilidade em face do ambiente surgiu tardiamente na história e ocorreu através da luta de muitos grupos em diversas partes do planeta: os ambientalistas. No século XIX começa a surgir, embora de forma tímida, os primeiros sinais do ambientalismo. De acordo com Hector Leis<sup>148</sup>, o movimento ambientalista se origina do encontro dos naturalistas que queriam conhecer melhor a natureza e dos democráticos – revolucionários engajados na luta pelos direitos humanos. Surgem, neste primeiro momento, as campanhas contra a crueldade dos animais, destacando-se o pioneirismo da Inglaterra que já em 1824 criava a Society for The Protection of Animals.

Esta primeira fase, marcada pela luta pela preservação das áreas virgens e da vida selvagem (wilderness), é apontada por Leis como um fase estética que teve início na Europa e repercutiu nos Estados Unidos, país que assumiu papel principal nos ideais de preservação. Os primeiros ambientalistas americanos conceberam a idéia de proteção da natureza através da criação de parques naturais que

---

<sup>147</sup> JONAS, Hans. *Op.cit.* 1995, p. 79

<sup>148</sup> LEIS, Hector Ricardo. *Op.cit.* 1999.

reproduziam a vida selvagem<sup>149</sup>, denotando o caráter essencialmente estético do movimento.

No início do século XX, esta fase vai sendo abandonada, dando lugar a um movimento ambiental realmente preocupado a natureza e impulsionado pela dialética das posições preservacionistas (ambientalistas radicais) e conservacionistas (ambientalistas moderados).

Segundo Leis<sup>150</sup>, o ambientalismo restou de alguma forma enfraquecido (mas não totalmente) quando do surgimento dos nacionalismos exacerbados que deram origem as duas guerras mundiais da primeira metade do século XX. Isto porque, desde sua origem, o ambientalismo foi um movimento de características transnacionais.

Após o fim da 2ª guerra, o movimento ambientalista retoma de forma gradativa o seu caráter global. Os cientistas tiveram um papel fundamental nos anos 50 e criaram a Fundação da União Internacional para Proteção da Natureza (IUPN), instituição vinculada às Nações Unidas<sup>151</sup>. Ost<sup>152</sup> destaca que a mudança do papel do Estado nos países do Ocidente foi determinante para esta tomada de consciência ambiental. Isto porque o Estado Liberal se torna um Estado Intervencionista (*welfare state*) e, portanto, condutor do desenvolvimento. Logo, o Estado se torna ao mesmo tempo ente poluidor e ente responsável pela proteção da natureza. Por um lado, a noção impiedosa de progresso fez com que os Estados mobilizassem todos os seus recursos no sentido do crescimento, produzindo com isso irreversíveis alterações nos ecossistemas. Por outro lado, a questão do desequilíbrio ambiental com suas evidentes catástrofes e alarmes, no início dos anos 70, iria se tornar pauta da atuação estatal e da sociedade civil (nascimento de associações de defesa do ambiente, tal como Greenpeace e Amigos da Terra). O movimento ambientalista surge, pois, de forma não linear e é composto por diferentes setores da sociedade.

O ambientalismo se beneficiou do clima revolucionário que envolveu as décadas de 60 e 70. O movimento dos *hippies* do primeiro mundo e as guerrilhas do terceiro mundo criaram um ambiente de participação e ativismo político propício,

---

<sup>149</sup> Nos Estados Unidos, foram criados o parque de Yellowstone (1872) e o parque de Yosemite (1890).

<sup>150</sup> LEIS, Hector Ricardo. *Op.cit.* 1999, p. 69/76

<sup>151</sup> *Ibidem*

<sup>152</sup> OST, François. *Op.cit.* 1995

embora estes grupos tivessem ideais bem distintos do movimento ambientalista<sup>153</sup>. Inclusive, a preocupação com o meio ambiente foi, por muito tempo, acusada de elitista por muitos. Os negros dos Estados Unidos acreditavam que a preocupação com a natureza era “coisa de branco”; já os revolucionários do mundo subdesenvolvido, viam as idéias de preservação e de conservação como uma manifestação neocolonialista, com o fim exclusivo de impedir o desenvolvimento dos países pobres. Somente mais tarde, foi possível concluir que os valores que inspiram o movimento ambientalista não são contrários aos valores dos outros movimentos, por isso, seria precipitado afirmar que o ambientalismo se limita a uma manifestação exclusivamente da elite<sup>154</sup>.

A partir de 1970, o movimento ambiental ganhou maior diversidade e apoio popular. Em abril do mesmo ano, mais de meio milhão de americanos se reuniram para celebrar o Dia da Terra. Neste período, houve um crescimento explícito em todo o mundo das Ong's de proteção à natureza. É significativo, entretanto, que na década de 80, 80% destas associações estivessem situadas nos países do Norte, contra 20% dos países do Sul<sup>155</sup>. De fato, a cultura ecológica foi elaborada inicialmente no Norte, em razão da experiência das sociedades civis avançadas. No sul, o problema da pobreza acabou por encobrir a percepção da degradação ecológica.

Nos anos 80, as forças políticas em defesa do ambiente ganharam grande repercussão. Em janeiro de 1980 foi fundado o partido verde alemão (Die Grunen), o qual em pouco tempo conseguiu agregar os mais diversos grupos políticos. O processo de nascimento dos partidos verdes foi acompanhado nos outros países da Europa, nos Estados Unidos e, com menor força, na América Latina<sup>156</sup>. Importante destacar que esta politização do ambientalismo motivou, além do surgimento dos partidos verdes, a institucionalização de órgãos governamentais e de políticas públicas de meio ambiente.

---

<sup>153</sup> Registramos, por uma questão de fidelidade, que Hector Leis (LEIS, Hector Ricardo. *Op.cit.* 1999, p. 103) rejeita a idéia de que o ambientalismo tenha sido impulsionado no momento em que outros movimentos sociais da época começaram a se esvaziar ou foram derrotados. Segundo o autor, o que provavelmente ocorreu é que os valores defendidos pelo ambientalismo são tão abrangentes que não contrariavam a grande maioria dos movimentos sociais

<sup>154</sup> LEIS, Hector Ricardo. *Op.cit.* 1999.

<sup>155</sup> Idem, p. 108

<sup>156</sup> Ibidem

Como percebemos, a preocupação com o meio ambiente irá ganhar espaço na América Latina somente nos últimos anos. No Brasil, o ambientalismo se constituiu como um movimento bissetorial, formado pelas associações ambientalistas e pelas agências estatais de meio ambiente. Os grupos de defesa brasileiros se destacaram pela denúncia e conscientização pública sobre a degradação ambiental<sup>157</sup>.

## 2.2 LUTA PELA MORADIA – UMA QUESTÃO LOCAL

Diferentemente da luta pela defesa do meio ambiente, a luta pelo reconhecimento do direito à moradia adequada surge, via de regra, na esfera local com a participação da sociedade civil organizada. Neste ponto do trabalho, será abordada especialmente a questão da luta pelo acesso à moradia urbana.

O direito à moradia historicamente se apresenta em constante tensão com o direito de propriedade. Para Boaventura de Souza Santos<sup>158</sup>, um dos problemas da modernidade é a questão da legitimidade da propriedade privada, independentemente da legitimidade do uso da propriedade.

Nas sociedades capitalistas, existe uma clara desigualdade na efetivação dos direitos individuais e sociais, bem como na participação da sociedade nos espaços democráticos. A luta pela moradia não escapou desta desigualdade, mormente num país em desenvolvimento como o Brasil, onde a limitação dos recursos estatais acabou por dificultar a efetivação dos direitos prestacionais.

Para se analisar o problema da moradia no país, é necessário relembrar a relação dos indivíduos com o espaço, a qual teve início no Brasil Colonial. Neste período, o uso da terra era o que, de fato, legitimava a propriedade. Não havia a concepção de propriedade enquanto bem passível de valoração, apartada da finalidade de moradia.

---

<sup>157</sup> LEIS, Hector Ricardo. *Op.cit.* 1996, p. 98

<sup>158</sup> Boaventura de Souza Santos (2001)

Em 1850, com a promulgação da Lei de Terras<sup>159</sup>, tem início no Brasil o conflito fundiário. Após esta lei, a propriedade passa a ser reconhecida somente mediante a aquisição monetária. Até então, a apropriação da terra se dava tanto no espaço rural (sesmarias) quanto no espaço urbano (vilas, cidades nascentes) mediante à ocupação efetiva<sup>160</sup>. Inicia um mercado de venda de glebas que se originarão do parcelamento de áreas rurais e dos loteamentos urbanos. Ocorre também a incorporação de grande parte das terras públicas devolutas pelo setor privado. A ocupação efetiva (posse) não é mais considerada. A partir deste momento, a terra ganha um viés de mercadoria, tornando secundária sua função de espaço para habitação humana. Por isso, as pessoas que não tinham poder aquisitivo para adquirir a propriedade passaram a ocupar ilegalmente parcelas das cidades. Na época, as cidades brasileiras tinham importância relativa, na medida em que serviam somente para intermediação da economia agrícola e escravagista, não sendo utilizadas para fins de moradia. A maioria da população vivia no campo.

O processo de urbanização brasileiro teve início somente no século XX e foi marcado pela prevalência da estrutura do período colonial e imperial no que tange à concentração de terras e de riquezas<sup>161</sup>. Já no início do referido século, se verifica o movimento de migração do campo para a cidade, eis que esta representava uma promessa de avanço e modernidade. O êxodo rural foi vivenciado por uma população desqualificada profissionalmente, que acabou subempregada no mercado de trabalho urbano<sup>162</sup>.

No momento em que as cidades passaram a ser um pólo importante, o Estado se preocupou em elaborar legislação urbanística<sup>163</sup>, estabelecendo normas seletivas para as cidades, contribuindo para a segregação social, uma vez que a classe pobre foi sendo, aos poucos, empurrada para as periferias das cidades<sup>164</sup>. Existia na época uma política higienista que via nas áreas de ocupação precária um aspecto comprometedor da estética da cidade. Logo, a maior parte das ações

---

<sup>159</sup> Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850

<sup>160</sup> LEITÃO, Lúcia; LACERDA, Norma. A Função Urbanística da Usucapião. In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

<sup>161</sup> ERMÍNIA, Maricato. *Op.cit.* 2003.

<sup>162</sup> LEITÃO, Lúcia; LACERDA, Norma. *Op.cit.* 2003, p. 61

<sup>163</sup> Como exemplo, podemos citar o Código de Posturas Municipais de São Paulo (1886) e do Rio de Janeiro (1889).

<sup>164</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Manole, 2003

políticas deste período, se deu no sentido de afastar da visibilidade as áreas pobres, deixando-as crescer à revelia nas periferias urbanas, sem qualquer infra-estrutura.

O movimento de urbanização coincide com o período de industrialização brasileira ocorrido na década de 30. A primeira lei a tratar de propriedade urbana no Brasil data de 1937<sup>165</sup>. Anteriormente, a questão da propriedade já havia sido abordada no texto do Código Civil de 1916; não havia, contudo, qualquer diferenciação entre propriedade urbana e propriedade rural.

O Brasil, portanto, foi crescendo dentro de uma tradição de exclusão, deixando à margem dos bens e serviços públicos uma grande parte da população. Tais desigualdades impulsionaram a formação dos movimentos sociais brasileiros, dentre os quais é possível destacar o movimento operário, o movimento camponês e os movimentos urbanos.

Nas décadas de 70 e 80, verifica-se a emergência de diversos movimentos sociais em todo o país, mobilizados em torno da garantia e da ampliação de direitos, sobretudo em relação à melhoria das condições de vida no meio urbano e rural. O próprio processo constituinte foi marcado pela proposta de emendas à Constituição oriundas de movimentos sociais que queriam institucionalizar as reivindicações de seus grupos. Estes novos atores buscaram não apenas a inclusão, mas a participação efetiva na construção da sociedade em que se queriam incluídos<sup>166</sup>. Os moradores de favelas, cortiços, loteamentos clandestinos se uniram em torno de uma causa: o acesso à moradia adequada.

No Brasil, os movimentos populares de luta pela moradia foram, notadamente, influenciados pela Igreja Católica<sup>167</sup>. O movimento de renovação da igreja – Teologia da Libertação – atuou durante o regime autoritário, fornecendo espaço físico e orientação espiritual às massas urbanas. Segundo Maria da Glória Gohn<sup>168</sup>, a igreja coloca o trabalho junto aos oprimidos e o trabalho coletivo como uma missão de todos os cristãos. O apoio da igreja aos movimentos em prol da moradia pode ser verificado até hoje<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Trata-se do Decreto-Lei nº 58.

<sup>166</sup> CARVALHO, Maria do Carmo A.A. Participação Social no Brasil Hoje. **Polis Papers**, São Paulo, n, 02. 1998

<sup>167</sup> GOHN, Maria da Glória Marcondes. **Movimentos Sociais e Lutas pela Moradia**. São Paulo: Loyola, 1991

<sup>168</sup> Idem, p. 37

<sup>169</sup> Veja-se, como exemplo, a ocupação dos índios da tribo Kaingangue do Parque Natural Morro do Osso que será estudada ao final desta pesquisa. Conforme informação do vice-cacique da tribo, as casas que se encontram no Parque foram construídas com o material fornecido pela Pastoral da Igreja Católica.

A luta pelo acesso à terra urbana se dá, em grande parte, através de movimentos de invasão e de ocupações irregulares. A população ocupante dos assentamentos ilegais entra em acirrado conflito com os proprietários das terras, seja estes públicos ou privados. Os movimentos sociais reivindicavam a moradia como elemento da função social que a propriedade urbana<sup>170</sup> deveria exercer<sup>171</sup>.

A maior manifestação na luta pela moradia se deu com a formação do Fórum Nacional de Reforma Urbana – FNRU. A criação do Fórum antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988 e ele foi articulado por ONG's, representantes de associações profissionais e movimentos populares. A idéia era participar dos desdobramentos do processo constituinte, como a regulamentação dos artigos de política urbana e a elaboração dos Códigos Estaduais e Planos Diretores. A Conferência Internacional para Assentamentos Humanos em 1996 (Habitat II) deu respaldo às atividades do Fórum e da luta pela moradia como um todo em caráter internacional.

Como referimos, o Fórum teve participação decisiva na luta pela Reforma Urbana, em nível nacional, repercutindo na Constituição Brasileira de 1988. A partir dos seus ideais, foi consagrada a função social da propriedade e da cidade e inaugurado um capítulo na Constituição sobre o planejamento e a gestão participativa nas cidades. Os orçamentos participativos, como meio de participação social direta, assumem, neste contexto, relevância primordial. Trata-se de um processo de consultas e debates sobre as prioridades do orçamento público municipal, iniciativa que foi aplaudida na Conferência da ONU sobre Habitação.

Como destaca Maria da Glória Marcondes Gohn<sup>172</sup>, os movimentos e ONG's articulados pelo FNRU deram origem a importantes instrumentos jurídicos como o Estatuto da Cidade elaborado em 1990 e aprovado pela Câmara Federal em 1999.

Recentemente, o Fórum Nacional de Reforma Urbana divulgou uma análise dos possíveis benefícios relacionados ao desenvolvimento urbano brasileiro do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, anunciado pelo governo federal em janeiro de 2007<sup>173</sup>. O Programa prevê para 2007 um investimento de R\$27,5 bilhões para a questão da habitação. O FNRU entende que grande parte dos recursos deve

---

<sup>170</sup> O problema da função social da propriedade será abordado de forma mais aprofundada em capítulo posterior.

<sup>171</sup> LEITÃO, Lúcia; LACERDA, Norma. *Op.cit.* 2003,

<sup>172</sup> GOHN, Maria da Glória Marcondes. *Op.cit.* 2005

<sup>173</sup> Ver site da FNRU, hospedado em [www.forumreformaurbana.org.br](http://www.forumreformaurbana.org.br).

ser destinada à população de baixa renda (famílias que possuem rendimento de até três salários mínimos mensais), onde está concentrado 87% do déficit habitacional.

Diante de todo o exposto, percebemos que a luta pela moradia urbana é, sobretudo, uma luta política. Os movimentos sociais brasileiros de luta pela habitação tiveram notória influência na positivação do direito à moradia na legislação constitucional e infraconstitucional.

### 3 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

#### 3.1 DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até o presente momento, neste estudo, tem-se privilegiado a utilização da expressão “direitos humanos” para se referir aos direitos do homem em sentido geral.

Com efeito, é necessário estabelecermos a diferenciação semântica entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” para se justificar o uso deste ou daquele termo. Com a análise do significado, não pretendemos desviar a atenção do conteúdo desta exposição, mas, antes, evitar confusões de natureza terminológica que, eventualmente, poderiam atrapalhar o desenvolvimento da temática.

Essas expressões são utilizadas, muitas vezes, como sinônimas. Entretanto, diversos autores reconhecem que “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são expressões similares, mas não idênticas. Ingo Sarlet<sup>174</sup> entende que direitos humanos seriam os direitos do homem consagrados nos documentos de direito internacional, ou seja, inerentes a todo ser humano independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional – caráter supranacional. Por outro lado, os direitos fundamentais seriam aqueles positivados na esfera do direito constitucional interno de cada Estado. Logo, os direitos fundamentais são, também, direitos humanos, mas se referem a pessoas determinadas, ou seja, membros de um ente público concreto.

Nesse sentido, Rogério Gesta Leal<sup>175</sup> refere que os direitos humanos, após o período do constitucionalismo, ganham o *status* de direitos fundamentais.

J.J. Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, define a questão da seguinte maneira:

---

<sup>174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2006

<sup>175</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Op.cit.* 2000

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta<sup>176</sup>.

Em tempos de reconhecimento das particularidades regionais, seria difícil encontrar *direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos*, como sugere Canotilho. Contudo, da sua definição semântica é possível extrair a idéia de que a expressão “direitos humanos” é mais abrangente, pois trata de direitos que são reconhecidos independentemente de positivação.

Por essa razão, este capítulo privilegiará a utilização do termo “direitos fundamentais”, pois os direitos fundamentais – especialmente direito à moradia e ao meio ambiente – serão abordados na esfera constitucional brasileira.

### 3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO

Há muito que o tema dos direitos fundamentais, em maior ou menor escala, se insere no texto constitucional brasileiro<sup>177</sup>. Os direitos fundamentais formam, juntamente com os princípios estruturais e organizacionais, o ponto central de qualquer sistema jurídico constitucional. Trata-se, pois, da eleição de determinados princípios e valores consagrados em uma comunidade espacialmente situada.

No Brasil, verifica-se, desde a constituição do Império, os primórdios da positivação dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio. Contudo, no início da história constitucional brasileira, apenas os direitos e garantias individuais estavam protegidos.

---

<sup>176</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a, p.393

<sup>177</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.174-5

A constituição de 1824 transformou a monarquia absolutista em monarquia constitucional. Essa carta se manteve vigente durante três momentos políticos brasileiros (primeiro reinado, regência e segundo reinado) e representou apenas uma carta programática dos direitos de primeira dimensão e da divisão dos poderes. Aliás, essa constituição modificou o modelo tridimensional de repartição de poderes de Montesquieu para acrescentar o poder moderador, que tinha o imperador como titular e representava a chave de toda a organização política do Império<sup>178</sup>.

Em 1891, houve a introdução do constitucionalismo republicano, da federação e da forma presidencial de governo. De acordo com Paulo Bonavides<sup>179</sup>, estava presente a concepção política e doutrinária de um Estado liberal com valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade. O Brasil, no período republicano, foi inspirado pelo constitucionalismo de raízes norte-americanas “com a fachada teórica quase perfeita do chamado Estado liberal de Direito”<sup>180</sup>. Em relação aos direitos fundamentais, a constituição de 1891 manteve a proteção apenas dos direitos individuais. Trouxe como inovação um título específico denominado “*Declaração de Direitos*” – Título IV da Seção II –, no qual era assegurada a inviolabilidade de direitos como liberdade, segurança e propriedade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país<sup>181</sup>.

Através da constituição de 1934, o Brasil inaugurou a terceira fase do constitucionalismo, como explica Bonavides<sup>182</sup>:

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descuidado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.

Assim, pela primeira vez na ordem jurídica brasileira, foram positivados não apenas os direitos individuais, mas, paralelamente, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. Além disso, houve nessa carta um reconhecimento dos direitos

---

<sup>178</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 364

<sup>179</sup> Idem.

<sup>180</sup> Idem, p.365

<sup>181</sup> SILVA, José Afonso da. *Op.cit.* 1999.

<sup>182</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2005, p. 366

econômicos e sociais no título “*Da Ordem Econômica e Social*”, fazendo brotar no Brasil o modelo de Estado social de inspiração alemã. Essa constituição, entretanto, não se tornou efetiva, pois foi sucedida pela carta ditatorial de 1937. Com a restauração constitucional promovida pelo golpe de Estado de 1945, foi promulgada a constituição de 1946, a qual, também influenciada por Weimar, manteve o sentido social dos novos direitos<sup>183</sup>. Ademais, nessa carta, assim como na de 1967 e na de 1969, os direitos econômicos e sociais ganharam maior espaço, sendo divididos em dois títulos: um sobre a ordem econômica e outro sobre a família, a educação e a cultura<sup>184</sup>. Entretanto, segundo José Afonso da Silva<sup>185</sup>, a questão da justiça social ficou limitada aos termos programáticos, carecendo de eficácia.

Foi somente na constituição de 1988 que verificamos uma abordagem bem mais aprofundada dos direitos fundamentais. A Carta Magna de 1988 representou, como se verá a seguir, um efetivo avanço na salvaguarda dos direitos sociais e na tutela dos direitos subjetivos.

Para além do momento de positivação constitucional, ou do peso dado aos direitos de cada dimensão, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais têm grande importância nas constituições. Assim leciona Lênio Streck:

(...) todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito<sup>186</sup>.

A consagração constitucional dos direitos fundamentais representa a garantia de salvaguarda dos direitos já conquistados. Segundo Paulo Bonavides, os direitos fundamentais são considerados o oxigênio das constituições democráticas.

---

<sup>183</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2005, p.

<sup>184</sup> SILVA, José Afonso da. *Op.cit.* 1999, p.175

<sup>185</sup> *Ibidem*

<sup>186</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2004, p. 250

### 3.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A constituição de 1988, nas palavras de Paulo Bonavides, “foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais”<sup>187</sup>. A constituição cidadã<sup>188</sup> teve, em sua elaboração, ampla participação popular, culminando em uma carta moderna e democrática. Após 21 anos de ditadura militar, a constituição representou o resultado de um processo de redemocratização brasileira.

Os direitos fundamentais tiveram especial destaque nessa constituição, tanto que tiveram assento logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, constituindo parâmetro hermenêutico para todo o ordenamento jurídico<sup>189</sup>.

Essa constituição foi marcada pelo pluralismo, já que o constituinte não aderiu a apenas uma teoria de direitos fundamentais, acolhendo tanto os direitos clássicos quanto os direitos sociais e políticos, como se depreende da leitura da carta; a antiga denominação do rol como “*direitos e garantias individuais*” foi substituída pela expressão “*direitos e garantias fundamentais*”, o que denota, já numa primeira leitura, a ampla recepção dos direitos de todas as dimensões.

A constituição federal de 1988 acolheu tanto os direitos de defesa (negativos) quanto os direitos de ação ou de prestação (positivos). Os direitos de defesa se dividem, na concepção de Alexy, em três: direito a que o Estado não crie empecilhos às ações do sujeito, direito a que o Estado não afete as propriedades e situações do indivíduo e direito a que o Estado não elimine posições jurídicas, ou seja, que não derogue determinadas normas<sup>190</sup>. Os direitos de defesa estão, via de regra, vinculados à concepção liberal e servem para garantir a liberdade do indivíduo frente a intervenções estatais.

Alexy<sup>191</sup> aborda igualmente os direitos a prestações em sentido amplo, os denominados direitos de ação. Tais direitos podem ter como objeto uma ação

---

<sup>187</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2000.

<sup>188</sup> Expressão utilizada por Ulisses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte que produziu a constituição federal de 1988.

<sup>189</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003, p. 73

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 189-193

<sup>191</sup> *Ibidem*.

positiva fática (direitos a prestações em sentido estrito) ou uma ação positiva normativa. Esse é o caso dos direitos sociais que demandam não uma abstenção por parte do Estado, mas uma atuação efetiva diferente da proteção requerida pelos direitos de liberdade.

O título II da constituição federal de 1988 concentrou os direitos e garantias fundamentais, não sendo, entretanto, considerado um rol taxativo, eis que diversos direitos estão dispersos no texto constitucional ou, ainda, fora dele. Os direitos fundamentais em sentido material são justamente os que se encontram fora da constituição, mas que, devido ao seu conteúdo, são equiparados aos direitos constitucionais. O próprio constituinte previu essa possibilidade na cláusula aberta do artigo 5º, parágrafo 2º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com efeito, a partir desse dispositivo, na constituição também está presente aquilo que não está expresso, mas que pode ser deduzido da interpretação sistemática dos artigos e daquilo que está neles implícito. Trata-se de uma não-rigidez no sistema, uma abertura à aplicação<sup>192</sup>.

Segundo Canotilho<sup>193</sup>, essa norma de *fattispecie* aberta que considera os direitos fundamentais para além da positivação concreta gera um problema. Os juristas precisam encontrar critérios para distinguir quais direitos possuem dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. Segundo o autor, como critério dessa distinção, devemos considerar como direitos materialmente fundamentais aqueles direitos extraconstitucionais que são equiparáveis, na importância e no objeto, aos direitos formalmente fundamentais<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 82

<sup>193</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2000, p.397

<sup>194</sup> Nas palavras de Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003, p. 141/142): “*Outro aspecto a ser considerado, de modo especial no caso brasileiro, é a extensão do catálogo dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que recomenda – para além dos motivos já ventilados – extrema cautela na busca de outros direitos substancialmente equivalentes, inclusive para evitar a vulgarização da categoria dos direitos fundamentais, que devem integrar o núcleo material da Constituição. Aqui assume particular relevo o critério já referido da equivalência, seja no que diz com o conteúdo, seja no que tange à importância de determinada matéria para o sentimento jurídico dominante em dado momento histórico.*”

Importa-nos fazer referência especialmente à questão da incorporação, no direito brasileiro, dos tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil é signatário. Canotilho<sup>195</sup> coloca que, na falta de disposição expressa sobre a eficácia das normas internacionais na constituição, essas normas podem receber quatro diferentes valorações: a) são equiparadas às normas constitucionais, acarretando inconstitucionalidade na sua violação; b) têm valor infraconstitucional, mas são consideradas superiores ao direito interno; c) são equiparadas à legislação infraconstitucional ou d) têm valor supraconstitucional, tendo primazia sobre as normas constitucionais.

No Brasil, existem divergências a respeito da valoração que deveria ser atribuída aos tratados de direitos humanos. Parte da doutrina se posicionava favoravelmente à sua incorporação automática ao ordenamento constitucional brasileiro<sup>196</sup>. Dessa forma, os tratados ganhavam *status* de direitos fundamentais constitucionais, tendo aplicação imediata independentemente da edição de norma posterior. A outra corrente doutrinária, protegendo o princípio da soberania, equiparava os tratados internacionais às normas infraconstitucionais<sup>197</sup>. Assim, esses pactos ingressariam no ordenamento jurídico somente se fossem ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo presidente da República, sendo hierarquicamente inferiores às normas constitucionais<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2000.

<sup>196</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op.cit.* 1997

<sup>197</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998; BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001

<sup>198</sup> Esse era o posicionamento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence: "*Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir."* (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-00, DJ de 22-11-02)

Em 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que introduziu o parágrafo terceiro no artigo 5º da constituição<sup>199</sup>, pretendendo encerrar a discussão a respeito da eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos. Registramos, entretanto, que a discussão acerca desse dispositivo ainda se encontra em fase embrionária na doutrina e na jurisprudência pátrias, de forma que muitos são os entendimentos possíveis até o presente momento. Da simples leitura desse dispositivo depreende-se que os tratados internacionais seriam recepcionados no direito brasileiro mediante o rígido critério de aprovação dispensado às emendas constitucionais (aprovação por três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos). Em que pese alguma confusão na hermenêutica do novo dispositivo, destacamos, com Ingo Sarlet<sup>200</sup>, a sua dimensão positiva. Os direitos humanos oriundos de tratados teriam eficácia e efetividade reforçadas ao se tornarem formalmente constitucionais, fator “indispensável também para reforçar a posição do nosso país em face da comunidade internacional”<sup>201</sup>. Os direitos que forem incorporados na constituição através de emenda se tornam limites materiais à reforma constitucional, sendo impossível suprimi-los por nova emenda constitucional.

Na constituição de 1988, houve uma inovação também em relação aos direitos sociais, já que estes foram incluídos dentro do título dos direitos fundamentais no capítulo II. Anteriormente, os chamados “direitos a prestações” estavam inseridos no capítulo da ordem econômica e social<sup>202</sup>.

Em relação à eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, a possibilidade de imediata aplicação existe, na doutrina, intensa discussão. Juarez Freitas<sup>203</sup> destaca que não existem meras declarações destituídas de conteúdo normativo na constituição, sendo que apenas a extensão concreta de cada norma poderá carecer da intervenção do legislador. O próprio artigo 5º, parágrafo 1º da constituição determina que as normas de direito fundamental têm aplicação imediata. Ocorre

---

<sup>199</sup> Art. 5º, § 3º, CF: *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

<sup>200</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2006

<sup>201</sup> Idem, p.153

<sup>202</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003, p. 73

<sup>203</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002

que, como ensina José Afonso da Silva<sup>204</sup>, essa disposição não resolve as questões de ordem prática, já que muitas normas dependem de legislação ulterior para sua aplicabilidade. Entretanto, na doutrina brasileira, são reconhecidas três categorias diferentes de normas quanto à possibilidade de aplicação<sup>205</sup>: as normas de eficácia plena são as que estão aptas a produzir seus efeitos desde que entraram em vigor; as normas de eficácia contida têm possibilidade apenas parcial de aplicabilidade, eis que o constituinte deixou espaço para a atuação discricionária do Estado; por derradeiro, as normas de eficácia limitada são os dispositivos constitucionais que não receberam normatividade suficiente para gerarem seus efeitos, necessitando sempre da atuação do legislador ordinário.

Em que pese a maior ou menor densidade normativa, ressaltamos, com Lênio Streck, que todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia. Atualmente, entende-se que não existem normas meramente programáticas, ou melhor, as assim denominadas normas programáticas não são “o que lhes assinalava a doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’<sup>206</sup>”.

Os direitos fundamentais, de acordo com a sua natureza e com a sua forma de positivação, podem apresentar alta normatividade, tendo eficácia imediata pelo simples fato de existirem no ordenamento jurídico brasileiro, como parece ser o caso dos direitos de defesa. Por outro lado, esses direitos podem possuir baixa normatividade, dependendo de uma regulamentação para se tornarem eficazes, como são, em geral, os direitos de prestação. Em relação a esses direitos, também se aplica a disposição do artigo 5º, parágrafo 1º da constituição, mas não da mesma forma que aos direitos de defesa. Os direitos de cunho prestacional postulam uma ação positiva do Estado para realizar melhorias, investir recursos, estabelecer preferências e sanar desigualdades.

Quando falamos em eficácia, é imprescindível mencionar a distinção entre eficácia e efetividade apontada por Luís Roberto Barroso<sup>207</sup>, entre outros. Para o autor, a eficácia de uma norma se refere à “aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias”. Logo, a eficácia diz com a

---

<sup>204</sup> SILVA, José Afonso da. *Op.cit.* 1999.

<sup>205</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003, p. 228 a 241

<sup>206</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2004, p. 247

<sup>207</sup> BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

aplicabilidade no mundo jurídico, ou seja, a norma jurídica é eficaz quando está pronta para gerar efeitos em sentido abstrato. Por outro lado, a efetividade se refere à real aplicação da norma no mundo dos fatos. A norma é efetiva quando é aplicada ao caso concreto e, em última instância, quando realiza concretamente a função social do direito. Trata-se da aproximação entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>208</sup>.

Barroso relembra que a efetividade é denominada por José Afonso da Silva como *eficácia social*. Contudo, os sentidos das expressões – efetividade e eficácia social – são utilizados na doutrina como sinônimos para se referir à aplicação da norma jurídica. Sarlet menciona posição crítica da doutrina, defendendo que a efetividade se dá em momento posterior à aplicação da norma ao caso concreto, visto que nada garante que as decisões adotadas sejam de fato cumpridas pelos seus destinatários<sup>209</sup>.

### 3.3.1 A inserção do direito à moradia no texto constitucional

O direito à moradia passou a ser expressamente protegido pela constituição de 1988 após a Emenda Constitucional nº 26/2000. Contudo, anteriormente à edição da emenda, a proteção à moradia já podia ser extraída do conjunto das normas constitucionais. Em vários artigos, já estava implícito o direito à habitação.

Podemos destacar como referência o artigo 7º, IV, Constituição Federal, o qual prevê que o salário mínimo deve ser fixado de forma a atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família com “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. O próprio instituto

---

<sup>208</sup> Idem, p. 86

<sup>209</sup> “Além disso, independentemente da terminologia que se possa adotar, há que retomar aqui a já referida e perspicaz ponderação do ilustre Professor Eros Roberto Grau, que apontou para a circunstância de que a decisão pela aplicação do Direito constitui, em última análise, uma opção pela sua efetivação, que não se pode confundir com o fato de que, uma vez tornado efetivo o Direito – isto é, aplicado ao caso concreto – este venha a ser executado pelos destinatários, atingindo a finalidade prevista na norma.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2004a, p. 229).

da usucapião urbana, prevista no artigo 183 da constituição, tem como finalidade primordial o reconhecimento da moradia através da segurança da posse<sup>210</sup>.

Além disso, o direito à moradia já era reconhecido em razão das declarações, convenções e tratados internacionais em que o Brasil é signatário, como prevê o artigo 5º, parágrafo 2º da constituição. Podemos citar como exemplo os seguintes documentos: Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (artigo XXV, item I), Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 (artigo 11), Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976 (seção III e capítulo II), Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (capítulo 7), Agenda Habitat de 1996, entre outros<sup>211</sup>.

Entretanto, após o advento da Emenda nº 26, o direito à moradia se tornou formalmente um direito constitucional brasileiro, cabendo ao Estado tornar esse direito efetivo. Importa observar que esse direito também está garantido na Constituição Federal de 1988 em relação às comunidades tradicionais de índios e quilombolas, respectivamente, no artigo 231 e 68 dos atos das disposições constitucionais transitórias.

A obrigação constitucional não significa que o Estado deva dar moradia propriamente dita a todos os cidadãos, mas tão-somente que o Poder Público deve garantir o acesso dos economicamente desfavorecidos ao mercado habitacional através de políticas e programas destinados à população de baixa renda. Respeitando a repartição de competências prevista na constituição, todos os entes federativos se encontram obrigados a promover o direito à habitação<sup>212</sup>. Contudo,

---

<sup>210</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (coord.). **Direito à Cidade**: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 87

<sup>211</sup> As declarações internacionais sobre moradia em que o Brasil é signatário estão expressas em [www.cohre.org](http://www.cohre.org).

<sup>212</sup> “Tendo em vista a repartição de competências, tal como prevista na Constituição Federal e na Lei nº 10.257, e os ensinamentos de Nelson Saule Júnior, cumpre assinalar algumas das principais obrigações relacionadas ao direito à moradia. No âmbito federal, além da criação de normas gerais de Direito Urbanístico, destacando-se o próprio Estatuto da Cidade, cumpre ao Estado elaborar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento, bem como a instituição de sistema descentralizado de política habitacional em conjunto com os demais entes da federação entre outras atribuições. Ao Estado-membro cabe não apenas elaborar planos estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento, mas, principalmente, a constituição de sistema habitacional, tendo em vista o planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, além da instituição de Juizados e Varas especializados em questões urbanas. Enfim, ao município resta instituir, além do sistema de habitação, o planejamento, sendo instrumentos úteis o plano diretor e a regulação do parcelamento, uso e ocupação do solo. Faz-se possível, assim, regulamentar as zonas especiais de interesse social, a concessão de uso especial para fins de moradia, o usucapião urbano e a concessão de direito real de uso, institutos que viabilizam o exercício do direito à moradia.” (MENDONÇA, Cláudia Augusta Lopes de. Intervenções em Áreas de Risco. In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 48)

como nos fala Cristiane Derani<sup>213</sup>, os direitos fundamentais sociais, enquanto dependentes da atuação estatal, têm sua eficácia limitada aos recursos materiais do Poder Público.

Como lembra Sarlet<sup>214</sup>, o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, ainda que, por vezes, a moradia acabe sendo pressuposto para aquisição da propriedade (usucapião). O direito à moradia digna depende de parâmetros qualitativos mínimos, os quais não foram expressamente designados pelo legislador constitucional. De qualquer forma, esses padrões podem ser delimitados pela legislação e pela jurisprudência, utilizando-se os critérios gerais determinados pela ONU<sup>215</sup>.

O direito fundamental à moradia tem dupla natureza, é considerado direito de defesa (aspecto negativo) e direito de prestação (aspecto positivo). Como obrigação negativa, a moradia deve ser protegida da ingerência do Estado ou de outros particulares, resguardando a posse de invasões, despejos forçados, etc. Do ponto de vista prestacional, esse direito reclama uma atuação positiva por parte do Estado no sentido de criar programas e projetos para efetivação do direito à moradia<sup>216</sup>. Aqui, existe o critério de discricionariedade, em razão do qual o administrador pode optar entre as medidas que entender mais adequadas para implementação desse direito<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> DERANI, Cristiane. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: Direito Fundamental e Princípio da Atividade Econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. **Advocacia Pública e Sociedade**, n. 3. São Paulo, 1998. p. 95

<sup>214</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003.

<sup>215</sup> Esses critérios foram arrolados no item 1.4 de acordo com o comentário nº 4 do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2004a, p. 324/325

<sup>217</sup> Sobre a forma de prestação dos direitos sociais, dispõe J.J. Gomes Canotilho: “*A função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais : (1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar directamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no “direito de exigir” uma casa); (2) ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduz ao direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das “normas constitucionais sociais” (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e hospitalares existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objectiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos) a políticas sociais activas conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex.; serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas). A resposta aos dois primeiros problemas é discutível. Relativamente à última questão é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem políticas públicas socialmente activas.*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*2000, p.402).

Em resposta a: que pese a inserção na constituição, o que se observa é que o direito à moradia – ou melhor, à moradia adequada – ainda não se tornou efetivo nas cidades brasileiras como tantos outros direitos sociais. Lênio Streck<sup>218</sup> chega a afirmar que “os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os têm”<sup>219</sup>.

A política habitacional no Brasil, de forma geral, nunca conseguiu prover moradia adequada a um grande número de cidadãos. Para ilustrar essa afirmação, destacamos, juntamente com Sérgio de Azevedo<sup>220</sup>, o exemplo do Banco Nacional de Habitação – criado em 1964 e extinto em 1986 –, que foi concebido para financiar a construção de casas para a população de baixa renda (entre um e três salários mínimos) e acabou tendo um caráter “redistributivo às avessas”. Com efeito, o sistema financeiro de habitação se mantinha com capitais sub-remunerados de pequenos poupadores (recursos eram oriundos de caderneta de poupança e FGTS), mas acabou financiando praticamente moradias da classe média e da classe alta.

Nas cidades brasileiras, parte da população urbana acabou exercendo o direito à moradia somente através de processos informais. Por isso, muitos habitantes residem em favelas ou assentamentos irregulares<sup>221</sup>, não apenas nas grandes metrópoles, mas também nas cidades médias e pequenas<sup>222</sup>. Esses locais de ocupação ilegal, via de regra, carecem de infra-estrutura, vias de acesso adequadas, abastecimento de água potável, sistema de coleta de lixo, entre outros elementos. A precariedade se deve essencialmente ao fato de que, como essas

---

<sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2004.

<sup>219</sup> “...a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; enfim, não é a Constituição uma mera Lei Fundamental que “toma” lugar no mundo jurídico, estabelecendo um “novo dever-ser”, até porque antes dela havia uma outra “Constituição” e antes desta outras quatro na era republicana..., mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade.” (STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2004, p. 306).

<sup>220</sup> AZEVEDO, Sérgio de. A Crise da Política Habitacional: dilemas e perspectivas para o final dos anos 90. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; AZEVEDO, Sérgio de. **A Crise da Moradia nas Grandes Cidades: da questão da habitação à reforma urbana.** Rio de Janeiro: UFRJ, 1996

<sup>221</sup> Como assentamentos irregulares, entendemos as habitações para fins de moradia informais e precárias (sem infra-estrutura urbana).

<sup>222</sup> De acordo com pesquisa do IBGE, no ano de 2000, as favelas estavam presentes em 80% das cidades entre 100 mil e 500 mil habitantes e em 45% das cidades entre 20 mil e 100 mil habitantes. Nas cidades com menos de 20 mil habitantes, a irregularidade também está presente com 36% de habitantes em loteamentos irregulares e 20% em favelas. (FERNANDES, Edésio. Princípios, Bases e Desafios de uma Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords. ). **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 311)

áreas não são formalmente destinadas à moradia, o Estado se desobriga quanto à infra-estrutura básica.

Reconhecendo a gravidade desses assentamentos já consolidados, o Governo Federal criou em 2003, através do Ministério das Cidades, a Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável. O governo reconheceu no programa a primazia do papel do município, mesmo com as suas limitações financeiras. Segundo Edésio Fernandes<sup>223</sup>, existem duas situações divergentes de assentamentos no país atualmente: assentamentos em que os moradores têm o direito coletivo à regularização independentemente do Poder Público e assentamentos onde as políticas de regularização dependem de atos discricionários do Poder Público.

Nem todos os assentamentos deverão ser regularizados. Em casos de ocupação recente ou de ocupação de áreas ambientalmente relevantes, a regularização, via de regra, não será efetivada. Aliás, Edésio destaca que “argumentos ambientais têm sido utilizados com muita frequência para introduzir obstáculos nos programas municipais e estaduais de regularização fundiária”<sup>224</sup>. Nesse caso de prevalência do valor ambiental sobre o valor moradia, o autor sugere que os moradores que não puderem ver sua posse regularizada (a regularização é um aspecto do direito à moradia) devem receber do governo opções razoáveis de realocação. Logo, o direito à moradia deve ser, na maior medida possível, eficaz e efetivo.

A proteção ambiental, igualmente garantida pela constituição, é um argumento legítimo para eventualmente relativizar o direito à moradia, mas nunca para restringi-lo por completo. Como demonstraremos a seguir, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em tese, não se opõe ao direito de moradia, as situações de conflito serão pontuais, conforme estudaremos mais adiante.

---

<sup>223</sup> FERNANDES, Edésio. *Op.cit.* 2004. p. 318

<sup>224</sup> *Idem*, p. 339

### 3.3.2 Preservação do Meio Ambiente: direito e dever fundamental

De acordo com o que foi exposto anteriormente, podemos afirmar que a proteção ambiental é um direito fundamental em razão do sistema aberto adotado pela constituição de 1988. Isso porque esse direito está fora do catálogo formal previsto no título II da carta magna.

Segundo Cristiane Derani, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um direito tradicional, *“inerente à natureza humana”*<sup>225</sup>. Ocorre que o surgimento desse direito foi impulsionado pelos fatores sociais que concretizaram, também no Brasil, a proteção jurídica da natureza. Derani pontua que este direito, ainda que possua uma natureza difusa (direito de terceira dimensão), deve ser enquadrado igualmente como um direito fundamental social<sup>226</sup>.

O direito ao meio ambiente foi expressamente protegido pela constituição federal de 1988, no capítulo VI, título VIII (Da ordem social). O ambiente foi abordado da forma mais ampla possível, incluindo também os objetos culturais acrescidos pelo homem ao espaço natural, tal como arquitetura, patrimônio histórico, etc. O meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma integrada, é um macrobem que pertence a todos. Entretanto, o complexo ambiental é composto por bens jurídicos materiais (microbens), ou seja, os recursos naturais propriamente ditos como a água, o ar, as florestas, etc<sup>227</sup>.

Segundo o artigo 225 da constituição, *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”*. Existe, como se vê, uma relação entre meio ambiente e saúde, não apenas no sentido da ausência da doença, mas especialmente relacionada a um patamar mínimo de qualidade de vida. Devemos ter presente que a pretensão ou o direito à saúde, enquanto qualidade de vida, está vinculada à solidariedade, decorrente do Estado de bem-estar social, desvinculada do paradigma individualista. Trata-se de direito difuso de não apenas se curar de doença, mas do direito que têm

---

<sup>225</sup> DERANI, Cristiane. *Op.cit.* 1998. p. 92

<sup>226</sup> *“São atos individuais ou individualizáveis que constroem este direito fundamental de fruição coletiva. Não obstante, a construção deste direito fundamental não se dá como mera garantia individual. Este direito essencial à sadia qualidade de vida, ao mesmo tempo em que gera uma valorização da vida individual, não desfaz a sua perspectiva social”*. (DERANI, Cristiane. *Op.cit.* 1998)

<sup>227</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Op.cit.* 2002

todos os indivíduos de viverem uma vida saudável. A sadia qualidade de vida pode ser vista como elemento integrante da cidadania<sup>228</sup>.

A constituição cria, então, um direito fundamental de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esse direito é difuso porque pertence a todos os seres humanos das gerações presentes e das gerações futuras, não sendo possível individualizarmos (a não ser, eventualmente, diante de um caso concreto). Os interesses difusos dizem justamente com essa impossibilidade de se definir a titularidade. Esses interesses são freqüentemente vinculados ao valor solidariedade, porque alcançam um viés de universalidade, pressupondo um esforço comunitário para sua proteção.

Assim, nenhum brasileiro é titular exclusivo do bem ambiental: “*todos têm direito...*”. Por isso, o proprietário nunca poderá dispor da qualidade do meio ambiente. Logo, não se trata de um direito do indivíduo, mas de um direito superior a ele (não no sentido metafísico). O direito ambiental está para além do indivíduo, pois se refere a toda a coletividade.

Paralelamente, é criado um dever de proteção que foi imputado a toda coletividade e ao Poder Público<sup>229</sup> (artigo 225, segunda parte). Os titulares desse direito não podem ser passivos, eles têm a obrigação, e não a faculdade, de zelar pelo bem. A realização do direito ambiental pressupõe a participação conjunta através da ação e da abstenção por parte do Poder Público e da sociedade civil, dentro de um processo comunicativo<sup>230</sup>. Por força desse dispositivo constitucional, verificamos uma superação da dicotomia público/privado, já que todos estão igualmente obrigados a manter o equilíbrio e a salubridade desse “local de encontro” que é o ambiente<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses Transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 187/189

<sup>229</sup> “No plano prático, a consideração do ambiente como tarefa ou fim normativo-constitucionalmente consagrado implica a existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Estes deveres jurídicos subtraem à disponibilidade do poder estadual a decisão sobre a proteção ou não proteção do ambiente. Por outras palavras: não está na livre disposição dos poderes públicos decidir se o ambiente (os elementos naturais da vida) devem ou não ser protegidos e defendidos. A imposição constitucional é clara: *devem!*” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 181.

<sup>230</sup> DERANI, Cristiane. *Op.cit.* 1998.

<sup>231</sup> A expressão “local de encontro” é utilizada por Carlos Alberto Molinaro e, por ele, definida como “...local onde se dão a totalidade das relações, vale dizer um espaço físico apropriado para o exercício das ações socioambientais, promovendo um conjunto complexo de condições sociais, morais, naturais e culturais que cercam os seres vivos e neles podem influir decisivamente.” (MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103)

Fernanda Medeiros<sup>232</sup> fala em um *dever fundamental* de proteção ambiental. Ao direito de usufruir do ambiente equilibrado, vincula-se um dever, uma obrigação que se imputa ao Estado e a todos os indivíduos isoladamente considerados. Isso se justifica na medida em que somos todos responsáveis pela qualidade do meio em que vivemos e, em última análise, pela continuidade da vida humana e do planeta.

A referida autora assevera que o dever fundamental de defesa do ambiente remete a uma dupla função: prestação e abstenção. Em razão disso, a proteção ambiental pode acarretar ao indivíduo uma prestação (de dar ou de fazer) ou, por outro lado, um comportamento negativo, devendo o indivíduo se abster de determinada conduta. Propõe Medeiros<sup>233</sup> que esse dever fundamental, uma vez que foi expressamente previsto pelo artigo 225, tem aplicação direta.

A responsabilidade pela tutela ambiental é tanto do Poder Público quanto da coletividade. O bem ambiental é de interesse público, mas não é patrimônio público. Sua defesa constitucional não está condicionada a uma atuação do Poder Público.

Leite<sup>234</sup> afirma que o bem ambiental tem dupla natureza jurídica: objetiva e subjetiva. A dimensão objetiva refere-se ao dever do Estado de proteção. O Poder Público tem a responsabilidade de promover a preservação ambiental, de acordo com o artigo 225, parágrafo 1º da constituição.

Por outro lado, o bem ambiental também é de natureza subjetiva. Isso porque os indivíduos podem isoladamente (ou através de associações) promover a defesa contra atos lesivos à natureza. Como menciona o autor, o sistema jurídico brasileiro concede ao cidadão legitimidade para, a título individual, exercer a tutela jurisdicional ambiental através da ação popular. Na Itália, ao contrário, o ambiente surge como bem público, e o dano ao meio ambiente como um dano ao Estado. Então, os instrumentos processuais de defesa ambiental são institucionalizados<sup>235</sup>.

Essa possibilidade de exercício da cidadania participativa direta do cidadão é possível através da ação popular ambiental. Trata-se, portanto, de reconhecimento formal do direito ao meio ambiente como direito fundamental. A ação popular está prevista no artigo 5º, LXXIII, da constituição de 1988:

---

<sup>232</sup> MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. *Op.cit.* 2004, p. 122-130

<sup>233</sup> *Idem*, p. 128

<sup>234</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Op.cit.* 2003.

<sup>235</sup> *Ibidem*

(...) qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Canotilho<sup>236</sup> fala do direito do ambiente em seu caráter subjetivo:

(...) a consagração constitucional do ambiente como tarefa dos poderes públicos pode ser suficiente para impor responsabilidades ecológicas ao Estado (e outros poderes públicos) mas não tem operacionalidade suficiente para recortar um âmbito normativo garantidor de posições subjectivas individuais no que respeita ao ambiente.

Com efeito, é preciso trabalhar com a ficção de uma individualização/determinação do titular do bem ambiental para que se dê efetividade às normas e princípios ambientais. Colocar o indivíduo como titular traz uma responsabilidade a cada um na preservação do ambiente. Esse direito fundamental ao meio ambiente como direito subjetivo se desdobra em direitos de informação, direitos de participação e direitos de ação judicial. A ausência de titularidade, na prática, levaria à proteção apenas *in abstracto* do meio ambiente.

Contudo, essa natureza subjetiva não afasta o caráter essencialmente difuso do bem jurídico. Tanto é que, no caso de uma condenação por dano ambiental buscada individualmente, a indenização respectiva aproveitará a toda a coletividade.

Hodiernamente, em face do reconhecimento do meio ambiente como um valor constitucional, fala-se no surgimento do Estado de Direito Ambiental<sup>237</sup>. O Estado de Direito, com seus princípios de social democracia, passa a ser também informado pelos princípios ecológicos.

Orci Bretanha Teixeira<sup>238</sup> entende o Estado Ambiental como um Estado capacitado a enfrentar os novos desafios presentes na sociedade de risco,

---

<sup>236</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2004, p. 184

<sup>237</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Op.cit.* 2003; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2003a; TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>238</sup> TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *Op.cit.* 2006.

decorrentes dos avanços tecnológicos contínuos<sup>239</sup>. Para evitar o esgotamento dos recursos ambientais, pressupõe-se uma tomada de consciência em nível global. O Estado deve aderir a essa nova consciência e promover uma cidadania participativa nas decisões que envolvam os bens ambientais. Lembremos que o artigo 225 da constituição de 1988 prevê a participação de todos na tarefa de defesa ecológica. O texto constitucional coloca uma relação de indissolubilidade entre o Estado e a sociedade civil, privilegiando a ação através de um processo comunicativo<sup>240</sup>.

Sobre o Estado de Direito Ambiental, diz José Rubens Morato Leite:

Na construção do Estado democrático, na vertente ambiental, deve imperar um sistema legislativo que viabilize a coletividade a participar das decisões ambientais, obter informações indispensáveis para a tomada de consciência e emitir opiniões sobre o tema.

Assim, conforme leciona Canotilho, o pressuposto da abertura ambiental do Estado é um imperativo de democracia. “O Estado democrático de ambiente é um Estado aberto, em que os cidadãos têm o direito de obter dos poderes públicos informações sobre o estado do ambiente. Também em questões de ambiente, o segredo revela-se como uma ameaça ao Estado democrático do ambiente.” Do contrário, verifica-se um poder público deformado e ilegítimo, pois ao reverso na atuação unilateral, estariam ausentes, por exemplo o *due process* ambiental, o que favorece somente aos interesses parciais e não os da coletividade, no que tange ao meio ambiente equilibrado.

A participação redundante na transparência do processo e na legitimidade da decisão ambiental, contribuindo de maneira profunda para conscientização da problemática ambiental. E mais, esta transparência implicará uma decisão ambiental com maior consenso, com vistas à aceitação da coletividade e para a produção de seus efeitos de forma mais pacífica<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup>No nosso padrão econômico, as causas dos riscos possuem as mais diversas origens, caracterizando o que o sociólogo alemão Ulrich Beck chama de *sociedade de risco* (BECK, Ulrich. *Op.cit.* 2002). O autor já foi referido nesta pesquisa, mas, em razão da relevância do tema, fazemos mais esta referência. De acordo com Beck, com o avanço da modernidade, a produção social da riqueza está sistematicamente acompanhada pela produção do risco. Esta seria uma das principais consequências do processo de industrialização: a exposição constante da humanidade a riscos nunca antes observados. Sobre o assunto enfatiza François Ost: “A *sociedade do risco* é pois uma sociedade que se põe ela própria em perigo: basta pensar no risco sanitário (sangue contaminado), no risco alimentar (doença da “vaca louca”), ou ainda no risco tecnológico (centrais nucleares, aquecimento climático, buraco na camada de ozônio...). Por outro lado, sendo esses riscos simultaneamente globais, transgeracionais, fora das normas (enormes), e por hipóteses pouco ou não conhecidos, a sua definição é ela própria largamente função do estado dos nossos conhecimentos científicos, bem como de uma determinação, político-ética desta vez, do limiar daquilo que consideramos como risco ‘aceitável’ e ‘inaceitável’. Este risco é pois duplamente reflexivo: produto das nossas opções tecnológicas, é também o fruto dos nossos modelos científicos e dos nossos juízos normativos. Esta situação de incerteza reflexiva – sendo que a ameaça vem menos da natureza do que da nossa própria ação – reforça a necessidade de praticar a revisão, discutida na secção anterior, com base na ‘epistemologia da incerteza’ e na ‘política da indeterminação’.” (OST, François. *Op.cit.* 1999, p.345)

<sup>240</sup>DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001

<sup>241</sup>LEITE, José Rubens Morato. *Op.cit.* 2003, p.37

Concluimos afirmando, como o faz Teixeira, que a idéia de Estado de Direito Ambiental, de certa forma, é ainda uma utopia. A tarefa de moldar esse Estado é árdua em face da complexidade dos problemas atuais: os riscos criados, os interesses econômicos, o fenômeno da globalização, entre outros fatores. Entretanto, esse novo Estado pode estar em gradual construção no Brasil, eis que encontra guarida no texto constitucional a partir do reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### 3.3.3 Quadro comparativo dos dois direitos fundamentais

Apresentamos, a seguir, uma síntese dos aspectos estudados relativos à moradia e ao meio ambiente com o intuito de facilitar uma visão global de ambos<sup>242</sup>.

|  | DIREITO À MORADIA   | DIREITO AO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO  |
|--|---|---|
| <b>Reconhecimento do direito na comunidade internacional</b> | Após a primeira guerra mundial, com o advento do Estado Social de Direito (welfare state).                                    | A partir da década de 1960.   |
| <b>Dimensão de direitos</b>                                  | Direito de 2ª dimensão (direito social).  | Direito de 3ª dimensão (direito difuso).  |
| <b>Âmbito das lutas sociais</b>                              | Os grupos sociais em prol da moradia foram compostos por cidadãos desprovidos de direitos e a sua luta se deu em nível local. | O movimento ambientalista foi, em geral, promovido pela população intelectual (elite) e buscava uma atuação em nível transnacional. |
| <b>Inserção formal na Constituição Brasileira</b>            | Em 2000, através da Emenda Constitucional nº 26.  | Em 1988, com a promulgação da constituição.   |
| <b>Nível de intervenção estatal</b>                          | Primordialmente direito de prestação (embora também se reconheça uma dimensão negativa).                                      | Direito de prestação e de abstenção.  |
| <b>Natureza jurídica</b> <sup>243</sup>                      | Direito subjetivo.  | Dupla natureza: direito subjetivo e objetivo.   |
| <b>Eficácia</b>  | Preponderam normas de baixa normatividade.  | Existência tanto de normas de baixa quanto de alta normatividade.   |

Quadro 1

<sup>242</sup> Entendemos que a matéria é demasiadamente ampla para ser apresentada de forma “reducionista” nesse quadro comparativo. Contudo, pretendemos com ele apenas facilitar a compreensão sistemática dos assuntos até agora expostos neste trabalho.

<sup>243</sup> Segundo Canotilho (2000), as normas de direitos fundamentais possuem uma *fundamentação subjetiva* quando a norma tem relevância para o titular individualmente, ou, ainda, uma *fundamentação objetiva* quando a norma tem relevância para o interesse público e para a vida comunitária. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*2000.

### 3.4 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando o exposto e para que possamos nos dedicar ao estudo dos conflitos entre os direitos fundamentais estudados – e possíveis soluções –, retomaremos algumas noções da estrutura das normas jurídicas.

O ponto de partida da nossa análise será a clássica conceituação de regras e princípios apresentada por Robert Alexy<sup>244</sup>. Esse autor salienta que, embora ambas sejam normas jurídicas, porque determinam um *dever ser*, as regras e princípios se diferenciam segundo alguns critérios. Os princípios são *mandatos de otimização* ou para otimização, ou seja, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes<sup>245</sup>. Canotilho pontua que os princípios são *standards juridicamente vinculantes*, possuindo dupla função: função normogenética, já que são o fundamento das regras, e função sistêmica, pois têm a capacidade de interligar todo o sistema constitucional<sup>246</sup>.

Por outro lado, as regras são imperativas e precisas, logo, uma vez que sejam válidas, determinam exatamente o que deve ser feito. As regras contêm, pois, determinações dentro do que é fática e juridicamente possível<sup>247</sup>. Por isso, dizemos que as regras só podem ser cumpridas ou afastadas<sup>248</sup>.

Em que pesem tais considerações, parece-nos que a maior evidência da diferença entre regras e princípios sobressai quando as normas se contrapõem. Alexy<sup>249</sup> destaca que as regras se colocam em conflito entre si, ao passo que os princípios se apresentam em colisão. O conflito entre duas regras só poderá ser resolvido afastando-se uma das regras do sistema jurídico ou, ainda, inserindo em

---

<sup>244</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.* 1993.

<sup>245</sup> *Idem*, p. 86

<sup>246</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2000, p.1127

<sup>247</sup> *Idem*, p. 86

<sup>248</sup> Sobre o assunto, é oportuno trazer à baila os critérios apontados por Canotilho para diferenciação entre regras e princípios. São eles: grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentalidade, “proximidade” da idéia de direito e natureza normogenética. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2000, p.1124)

<sup>249</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.* 1993, p. 87/88

uma delas uma cláusula de exceção<sup>250</sup>. O problema se resolve no âmbito da validade, porque não podem ser considerados válidos dois juízos concretos de *dever ser* reciprocamente contraditórios.

Quando dois princípios entram em colisão, um deles deverá ceder em relação ao outro, todavia isso não indica que o princípio afastado será considerado inválido. Frente aos casos concretos, um princípio terá maior peso do que outro, caracterizando o que Alexy<sup>251</sup> chama de *relação de precedência condicionada*, ou seja, serão analisadas as condições sob as quais um princípio deverá preceder o outro. O autor ressalta que não existem relações absolutas de precedência. Temos que considerar que estamos falando de normas jurídicas que, em tese, ocupam idêntica posição hierárquica.

É justamente nesses casos de contraposição entre as normas jurídicas que queremos nos debruçar no presente trabalho. Sobre estas contraposições, leciona Juarez Freitas:

... conceituam-se as antinomias jurídicas como incompatibilidades possíveis ou instauradas entre regras, valores ou princípios jurídicos, pertencentes validamente ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade e da coerência do sistema positivo e para que se alcance a máxima efetividade da pluralista teleologia constitucional<sup>252</sup>.

Essas antinomias ou conflitos quando se apresentam *in abstracto* poderão ser resolvidos através dos diferentes critérios de hierarquização, tais como o critério cronológico – *lex posterior derogat legi priori* –, o critério da superioridade – *lex superior derogat inferior* – ou ainda o da especialidade – *lex specialis derogat general*<sup>253</sup>.

Entretanto, quando essas incompatibilidades se apresentam frente a um caso concreto entre regras de mesma situação hierárquica no sistema jurídico, o

---

<sup>250</sup> Alexy utiliza para melhor visualização do conflito de regras o paradigmático exemplo de regras conflitantes relativas ao alarme de incêndio de uma escola. Nesse caso, uma regra determina que os alunos só podem sair da sala após soar o alarme de encerramento da aula, enquanto outra regra dispõe que, sempre que soar o alarme de incêndio, todos os alunos deverão imediatamente abandonar a sala de aula. Essas regras conduzem a juízos de dever ser contraditórios. O conflito só poderia se resolvido se uma das regras fosse afastada do sistema ou, ainda, se fosse inserida uma cláusula de exceção na primeira regra (ninguém deve sair antes do alarme de encerramento) permitindo a saída em caráter de exceção nos casos em que disparar o alarme de incêndio (ALEXY, Robert. *Op.cit.* 1993, p. 88).

<sup>251</sup> Ibidem

<sup>252</sup> FREITAS, Juarez. *Op.cit.* 2002, p. 91

<sup>253</sup> Ibidem

intérprete deve ter como norte para a solução dos conflitos o princípio da proporcionalidade. Para uma adequada ponderação dos interesses opostos, o intérprete deve ter sempre como norte esse princípio em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Juarez Freitas<sup>254</sup> acentua a necessidade de adotarmos uma visão proporcional da constituição, de seus princípios e valores. Para o autor, proporcionalidade significa “sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”. Portanto, diante do conflito, a realização de uma entre várias regras deve ser feita através da proporcionalidade: a conduta deve ser adequada, deve ser a menos prejudicial e o valor eleito deve ser o mais preponderante. De acordo com Lênio Streck, o princípio da proporcionalidade será arbitrariamente violado quando os meios utilizados não são apropriados ou são desproporcionais em relação ao fim que se deseja alcançar. Dessa forma, é possível realizar um controle do excesso na intervenção. Afirma o autor: “uma inconstitucionalidade vai ocorrer quando uma medida é excessiva, injustificável, ou seja, quando não cabe na moldura da proporcionalidade”<sup>255</sup>.

Na acepção de Konrad Hesse<sup>256</sup>, a proporcionalidade diz com a concordância *prática* dos direitos fundamentais e de suas limitações. Todos os direitos fundamentais, em razão da idéia de unidade da constituição defendida por esse autor<sup>257</sup>, são partes integrantes da ordem constitucional e, portanto, devem ter sua eficácia na maior medida possível, mesmo diante de casos de colisão. Segundo Hesse, quando uma limitação for necessária, ela deve ser feita pelo meio mais

---

<sup>254</sup> FREITAS, Juarez. *Op.cit.* 2002, p. 91

<sup>255</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2004, p. 254

<sup>256</sup> HESSE, Konrad. *Op.cit.* 1998, p. 250/258

<sup>257</sup> Para Konrad Hesse, a Constituição traduz uma unidade política e jurídica, o que não significa a existência de um Estado harmônico de concordância geral. Os conflitos são importantes para promoverem as transformações históricas, sem as quais estaríamos incorrendo em uma estabilização do existente. Segundo o autor, deve existir uma noção de unidade e a Constituição é esta ordem fundamental jurídica: “*Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente ‘aberto para dentro do tempo’.* Essa abertura e amplitude da Constituição naturalmente não significa dissolução em uma dinâmica total, na qual a Constituição não estaria em condições de dar à vida da coletividade apoio dirigente” (HESSE, Konrad. *Op.cit.* 1998, p. 40). Sobre o princípio da unidade da Constituição, também escreve Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.* 2001, p. 192/213). Para o autor, a Carta Fundamental do Estado expressa um *consenso fundamental* quanto a alguns princípios e normas. Ainda que subsista a imprescindível pluralidade de concepções. Barroso refere que a Constituição de 1988 apresenta muitos pontos de tensão normativa, pois consagra valores que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete, como é o caso do direito de propriedade (art. 5º, XXII) e do princípio da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, parág. 2º e 186).

ameno e deve guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental. Entretanto, isso não afasta por completo a eficácia do direito que restou limitado.

Os direitos fundamentais entram em colisão quando o exercício de determinado direito de um titular colide com o exercício do direito fundamental de outro, ou ainda quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens jurídicos da comunidade e do Estado. Alexy equipara os direitos fundamentais aos princípios e ressalta que, como mandados de otimização, as normas de direito fundamental valem num juízo de ponderação<sup>258</sup>.

Os direitos fundamentais são direitos *prima facie* e não ordens definitivas, ou seja, à primeira vista devem ser cumpridos, a não ser que entrem em conflito com outros direitos<sup>259</sup>. Canotilho se posiciona de forma semelhante a Alexy ao determinar que não existe um padrão ou critério para solução dessas contraposições em termos gerais e abstratos. Portanto, somente diante de circunstâncias concretas é possível estabelecer uma relação de prevalência entre direitos fundamentais<sup>260</sup>. Se um direito

---

<sup>258</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.* 1993.

<sup>259</sup> Sobre o freqüente conflito entre direitos fundamentais, escreve Norberto Bobbio: “...em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. Nesses casos, a escolha parece fácil; e é evidente que ficaríamos maravilhados se alguém nos pedisse para justificar tal escolha (consideramos evidente em moral o que não necessita ser justificado). Mas, na maioria dos casos, a escolha é duvidosa e exige ser motivada. Isso depende do fato de que tanto o direito que se afirma como o que é negado têm suas boas razões...” (BOBBIO. Norberto. *Op.cit.* 1992, p.20). Sobre o princípio da unidade da constituição, também escreve Luís Roberto Barroso (BARROSO. Luís Roberto. *Op.cit.* 2001, p. 192/213).

<sup>260</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004 p. 327/328 estipula alguns critérios para estabelecermos a prevalência de um direito sobre o outro: “Na metodologia para resolução de conflitos entre direitos, tem de atender-se fundamentalmente a três factores, ponderando, num juízo global, mas em função de cada um deles, todas as circunstâncias relevantes no caso concreto. Deve atender-se, desde logo, ao âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito, para avaliar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na situação de conflito- trata-se de uma avaliação fundamentalmente jurídica, para saber se estão em causa aspectos nucleares de ambos os direitos ou, de um ou de ambos, aspectos de maior ou menor intensidade valoratiza em função da respectiva protecção constitucional. Deve ter-se em consideração, obviamente, a natureza do caso, apreciando o tipo, o conteúdo, a forma e as demais circunstâncias objectivas do fato conflitual, isto é, os aspectos relevantes da situação concreta em que se tem de tomar uma decisão jurídica – em vista da finalidade e a função dessa mesma decisão. Deve ainda ter-se em atenção, porque estão em jogo bens pessoais, a condição e o comportamento das pessoas envolvidas, que podem ditar soluções específicas, sobretudo quando o conflito respeite a conflitos entre direitos sobre bens e liberdades.”; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2000, p.1232

vale para determinado caso, não significa que esse seja um resultado definitivo e aplicável em quaisquer circunstâncias.

Nesse estudo, trazemos à baila circunstâncias de conflito entre direitos fundamentais – direito à moradia e direito ao meio ambiente – que só podem ser resolvidas quando se apresentam no mundo fático. Esses direitos, em princípio, não são contraditórios em seus objetos, ambos são valores constitucionalmente protegidos e reclamam diferentes intervenções do Estado. Ocorre que, diante de determinadas circunstâncias, por vezes é necessário compatibilizar esses direitos optando pela prevalência de um dos dois valores. Esse é o caso das ocupações de áreas ambientalmente protegidas com a finalidade de moradia pela população pobre desprovida de habitação. Nesses casos, entendemos que qualquer que seja o direito considerado preponderante, medidas devem ser adotadas para se compensar o valor afetado.

Destacamos, ainda, que essa relação de prevalência de um direito fundamental em relação a outro não é uma escolha livre, pois não deve ocorrer através de um ato de discricionariedade. A solução adequada para um conflito de normas será aquela que estiver em consonância com os princípios e valores eleitos pelo sistema no qual o juiz está inserido. Conforme Juarez Freitas, essa solução não é a única, pois, em matéria de direitos fundamentais, não existem respostas únicas, mas simplesmente respostas melhores<sup>261</sup>.

Do que foi até aqui apresentado, podemos afirmar que, diante de um conflito concreto entre direitos fundamentais: (a) o intérprete/magistrado não está livre para

---

<sup>261</sup> Registramos aqui, ainda que com brevidade, a forte discussão doutrinária acerca da (in)existência de uma única solução correta para cada caso, sem a pretensão de esgotar o assunto na esfera desse trabalho. Juarez Freitas entende que a interpretação constitucional ocorre de forma complexa, não-unilateral e não-unidimensional, portanto, acima de qualquer pretensão de única solução. A constituição não é mero objeto de análise e depende da interação com o intérprete (especialmente o intérprete-juiz), que contribui para a geração e decifração do sistema. Para o autor, o sistema constitucional pode, sem qualquer modificação nas leis, progredir ou retroceder em razão da qualidade dos agentes que efetuam o controle difuso ou concentrado. Portanto, “a melhor interpretação é possível, desde que não aspire ao timbre inflexível da única resposta correta” (FREITAS, Juarez. *Op.cit.* 2003. p. 283). Por outro lado, Eduardo García de Enterría (ENTERRÍA *apud* GRAU, 1998) entende que, nos *hard cases*, o intérprete será conduzido a uma unidade de solução: a decisão justa! Segundo Grau (1998), o *intérprete autêntico* não deve produzir juízos de oportunidade, escolhendo livremente qualquer solução para o caso. Portanto, independentemente do intérprete, haveria apenas uma solução correta para cada caso. Nesse sentido, Lênio Streck coloca que, em que pese o intérprete atribuir sentido à norma (“a norma é sempre produto da interpretação do texto”), isso não significa que esse possa atribuir sentidos arbitrariamente (“dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”), sob pena de estar a hermenêutica jurídica condenada a um “*decisionismo irracionalista*” (STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.* 2004, p. 312/313).

estabelecer, de acordo com critérios pessoais, uma relação de precedência de um direito em relação ao outro, ele estará subordinado ao ordenamento constitucional e limitado pelo princípio da proporcionalidade e (b) a determinação de prevalência de determinado direito jamais é absoluta e aplicável a todos os casos.

O estudo de caso (Parque Morro do Osso) apresentado no capítulo final trará, pois, uma situação concreta através da qual poderemos verificar uma possível relação de precedência de um direito em relação ao outro. Lembremos, entretanto, à luz dos autores já aqui referidos, que essa seria uma escolha possível, mas jamais absoluta e aplicável a todos os casos.

### 3.4.1 Princípio da Proibição de Retrocesso e Mínimo Existencial

Quando se faz uma opção pela prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, pode parecer, num primeiro olhar, que estamos retrocedendo no patamar mínimo já alcançado em relação ao direito preterido. Veremos que não se trata necessariamente de retrocesso. Se assim fosse, estaríamos violando o princípio da proibição de retrocesso, o qual determina que, toda vez que um direito for incorporado ao patrimônio jurídico, ele não pode ser deliberadamente suprimido<sup>262</sup>.

Entretanto, entendemos que a decisão judicial na solução dos conflitos entre direitos fundamentais não implica necessariamente retrocesso, em primeiro lugar, porque somente gerará efeitos *in casu*; em segundo, porque a solução, para ser legítima, deve ser proporcional, respeitando os princípios e valores constitucionais. Dessa forma, o juiz, ao emitir a decisão, não estará violando o núcleo essencial do direito que foi relativizado.

O princípio da proibição de retrocesso<sup>263</sup> está implícito no ordenamento constitucional brasileiro e se fundamenta em outros princípios constitucionais. A

---

<sup>262</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003.

<sup>263</sup> Na doutrina, este princípio é também referido das seguintes formas : princípio da manutenção do *status quo*, princípio de proteção da continuidade e princípio da proibição da retrogradação. (MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade Ecológica e Estado Socioambiental e Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado - PUCRS, Porto Alegre, 2006, p.158)

própria forma do Estado Democrático de Direito é caracterizada justamente pelo progresso contínuo das condições de vida da sociedade. Em outras palavras,

uma vez atingido um determinado nível sócio-cultural por intermédio da concretização dos direitos fundamentais, já não será compatível com a noção de Estado Democrático de Direito admitir-se o retrocesso<sup>264</sup>.

O retrocesso representaria uma violação ao princípio da segurança jurídica e da segurança social.

O direito à proibição contra o retrocesso é decorrente do direito à segurança. De acordo com Ingo Sarlet<sup>265</sup>, um autêntico Estado de Direito é, sobretudo, um Estado de segurança jurídica. Esse princípio está implícito, independentemente de referência constitucional expressa. Contudo, a constituição federal de 1988 destacou o princípio da segurança em diversos momentos: preâmbulo, *caput* do artigo 5º, entre diversas outras disposições constitucionais. O princípio da segurança implica a confiança do cidadão na continuidade da ordem jurídica e a garantia de estabilidade de suas posições jurídicas<sup>266</sup>. A proibição de retrogradação deve ser entendida justamente como essa garantia de permanência.

A partir do princípio da proibição de retrocesso, o espaço de discricionariedade do legislador ou do órgão executivo – administrativo ou judicial – para regulamentar um direito constitucional fica restrito<sup>267</sup>. Para os titulares, isso

---

<sup>264</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito – PUCRS. Porto Alegre: 2005, p. 290

<sup>265</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2004a.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> Em sentido diametralmente oposto, posiciona-se ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004 p. 408/410, para quem o princípio da proibição de retrocesso não pode destruir a autonomia da função legislativa, limitando-a a uma função meramente executiva da constituição. Para o autor, ainda que os preceitos de direitos econômicos, sociais e culturais impliquem uma certa garantia de estabilidade das situações ou posições criadas pelo legislador, essa garantia abrange somente um mínimo. Isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição de retrocesso dos preceitos relativos aos direitos sociais, sob pena de esses serem encarados, como menciona o autor, tal qual um “bloco constitucional dirigente”.

representa uma garantia de permanência e de segurança dos direitos já reconhecidos e do nível de gozo relativo a eles<sup>268</sup>.

Contudo, a obrigação de não-regressividade também não é absoluta e permite reduções e flexibilizações na medida em que for necessário. Isso porque a finalidade do princípio não é a de “engessar” o sistema jurídico infraconstitucional. As mudanças ou reajustes, quando se mostrarem relevantes para o interesse comunitário, devem ser realizados porque trazem consigo igualmente um componente de segurança<sup>269</sup>. Ademais, tomar a proibição de retrocesso como absoluta significaria reduzir a atividade do legislador à simples execução da constituição e, bem assim, alçar a norma ordinária em direito constitucional.

Portanto, a restrição pode ocorrer, entretanto deve ser justificada pela necessidade de salvaguardar um interesse público comprometido e, ainda, deve ser proporcional aos fins que deseja alcançar. Sobre o assunto, escrevem Victos Abramovich e Christian Courtis<sup>270</sup>:

Las restricciones de los derechos fundamentales, incluso de los derechos sociales y otros derechos humanos consagrados por instrumentos de rango o jerarquía constitucional, establecidas por el Congreso en ejercicio de su poder reglamentario o poder de policía, no han de ser infundadas o arbitrarias sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, y por las necesidades de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionales a los fines que se procura alcanzar con ellas.

Não é vedado ao legislador ou ao juiz redefinir os limites desses direitos, mas fica vedada a supressão de seu núcleo essencial. Afirmam Canotilho<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> Consignamos, com Sarlet, a diferença entre as medidas retrocessivas e as medidas retroativas propriamente ditas (o princípio da segurança pressupõe a proteção contra ambas): “*O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.*” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*2004a, p. 332). Afirmo o autor que o constituinte, de certa forma, procurou vedar o retrocesso, nas hipóteses dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Entretanto, o autor ressalta que a proteção contra medidas retrocessivas abrange uma esfera maior de proteção, já que, às vezes, a proteção não se refere a posições jurídicas já consolidadas no patrimônio do titular. Portanto, podemos concluir que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito são espécies de ofensa à segurança jurídica já previstas na constituição, mas a proibição de retrocesso engloba outras circunstâncias.

<sup>269</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*2004a, p. 429

<sup>270</sup> Victos Abramovich e Christian Courtis (2004, p. 99

<sup>271</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*2000, p.320

(...) deve considerar-se constitucionalmente garantido (o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais) sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”

O princípio da proibição de retrocesso busca proteger o núcleo essencial dos direitos que compõem o mínimo existencial composto pelas necessidades materiais básicas inerentes à vida digna, ou seja, relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>272</sup>.

A liberdade de atuação do legislador ordinário, mais freqüente nos direitos constitucionais de prestação positiva – que costumam ter seu contorno regulamentado por lei –, fica limitada ao núcleo essencial já realizado de cada direito<sup>273</sup>. O núcleo essencial dos direitos fundamentais, mesmo quando desenvolvido pela legislação infraconstitucional, recebe a proteção do sistema constitucional brasileiro de acordo com os seguintes artigos, todos da constituição de 1988: (a) artigo 60, parágrafo 4º, IV (impossibilidade de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais); (b) artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana como fundamento da Federação); (c) artigo 4º, II (prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais).

Portanto, a medida para percebermos a existência ou não do retrocesso social é a ingerência no núcleo essencial de um direito, núcleo esse que pode estar expresso na constituição ou na legislação ordinária. Importa destacar, como o faz Freitas<sup>274</sup>, que o núcleo essencial dos direitos de defesa se diferencia do núcleo essencial dos direitos prestacionais justamente nesse ponto. No caso dos chamados direitos negativos, os elementos essenciais que atribuem especificidade a cada um dos direitos vão apontados no próprio dispositivo constitucional, enquanto que o núcleo essencial dos direitos positivos, por sua vez, é delineado pelo legislador ordinário (ainda que esse não detenha absoluto poder de disposição).

Fensterseifer<sup>275</sup> destaca que os órgãos estatais estão incumbidos do dever permanente de concretização dos direitos fundamentais, mas estão impedidos de

---

<sup>272</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana, cujo estudo é freqüente na doutrina brasileira e estrangeira, não será aprofundado nos limites deste trabalho e será abordado somente de forma periférica.

<sup>273</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2000.

<sup>274</sup> FREITAS. Luiz Fernando Calil de. *Op.cit.* 2005.

<sup>275</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. *Op.cit.* 2007

suprimir ou restringir determinado direito de modo a invadir de forma desproporcional o seu núcleo essencial. A proibição de retrocesso seria uma garantia constitucional do cidadão em face dos órgãos estatais (sobretudo o legislador infraconstitucional) no sentido de assegurar a proteção dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. No mesmo sentido, acentua Isabel Lifante Vidal<sup>276</sup>, no Estado Constitucional, precisamos estar atentos aos limites que vêm expressos pelas normas constitucionais, de modo que a legislação infraconstitucional não pode seguir indiferente a eles.

Os ordenamentos constitucionais que surgiram no século XX, consagrando o Estado Social de Direito, trouxeram ao Poder Público a incumbência de assegurar ao indivíduo condições materiais suficientes para a garantia da sua dignidade. Com efeito, o Estado passou a ser dotado de competências e tarefas com o intuito de garantir a efetividade dos direitos sociais. Esse “núcleo dos deveres fundamentais do Estado Contemporâneo em relação a todos os que compõem a sociedade político-global” é denominado de mínimo existencial<sup>277</sup>. O conteúdo do mínimo existencial é composto, pois, pelos direitos fundamentais que a constituição obriga o Estado a concretizar – ou pelo menos a criar meios para tanto. Podemos dizer, dessa forma, que todos os direitos fundamentais fazem parte desse conteúdo, afinal, como já referimos, não existem dispositivos constitucionais sem eficácia<sup>278</sup>. A antiga concepção de que a constituição trazia normas que, tão-somente, enunciavam programas de ação – normas programáticas – foi abandonada pela doutrina, visto que a ausência de operacionalidade transformava a constituição em retórica inoperante<sup>279</sup>.

A idéia de mínimo existencial se encontra intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que o conceito de mínimo existencial pressupõe a existência de um rol de direitos fundamentais imprescindíveis à dignidade de qualquer ser humano. Como conceitua Ingo Sarlet<sup>280</sup>, a dignidade humana é

---

<sup>276</sup> Isabel Lifante Vidal (2002

<sup>277</sup> ROCHA, 2005, p.447

<sup>278</sup> Sobre o assunto, escreve Juarez Freitas (FREITAS, Juarez. *Op.cit.* 2003. p. 303): “Por isso, útil acolher a premissa de que uma certa aplicação direta devem experimentar todos os direitos fundamentais (inclusive os sociais). Devem-se abandonar posturas interpretativas abstratas ou atadas ao mito do meramente programático, sem embargo do dever constitucional de legislar para conformar direitos fundamentais. Assim, os direitos prestacionais não existem como tipos puros e, ao menos no núcleo, devem ser respeitados de maneira direta.”

<sup>279</sup> ROCHA, 2005

<sup>280</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*2004a, p. 59/60

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.

Portanto, o mínimo existencial diz com as condições existenciais primeiras para que o ser humano tenha uma vida digna. O Estado deve prover, na melhor medida possível, os elementos que integram o mínimo existencial.

A partir daí, temos que a garantia do mínimo existencial irá pautar a atividade do legislador infraconstitucional, mormente no que tange à elaboração do plano orçamentário e das políticas públicas sociais. O legislativo encontra-se vinculado ao cumprimento das normas garantidoras de direitos fundamentais, sob pena de ser responsabilizado por inconstitucionalidade. Portanto, a discricionariedade do legislador é relativizada, já que ele não detém plena e absoluta liberdade quando se trata da concretização de direitos fundamentais.

A nosso ver, os atos legislativos referentes à concretização dos direitos fundamentais não são atos de total liberdade, eis que o legislador encontra-se, como coloca Canotilho<sup>281</sup>, especialmente vinculado ao núcleo já consolidado de determinado direito<sup>282</sup>. A respeito do assunto, leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>283</sup>:

Além de dotar-se de conteúdo havido em sua normatividade mesma, a Constituição estabelece a vinculabilidade de seus termos pelos poderes públicos, que não podem se considerar livres para agir, ou não, segundo o que lhe pareça melhor. Aliás, Poder Público não tem liberdade. Esta é a qualidade própria do ser humano, solto em sua alma a caracterizá-lo como ente que se promove e se realiza segundo a sua condição única de ser irrepetido. Poder Público tem competências, e estas são definidas e postas ao seu exercício segundo que juridicamente lhe é ditado para o atendimento dos fins prescritos no sistema positivado. A vinculabilidade dos poderes públicos às normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais é que os torna, efetivamente, dotados de limites em seu agir, em sua obrigação mesma de atuar para dar concretude ao normativamente estabelecido. Se o poder público pudesse não agir ou atuar apenas quando e como entendesse o governante de ocasião, seria inútil a Constituição, na qual se estrutura e se organiza o Estado segundo o que o povo, originariamente, decide. Definidos os direitos, eles têm de ser cumpridos.

<sup>281</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.* 2000.

<sup>282</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004 como referimos em nota anterior, faz um contraponto, entendendo que a atividade legislativa comporta um certo espaço de discricionariedade. Entretanto, o autor ressalta que a atividade estatal deve se sujeitar aos princípios constitucionais, especialmente o princípio da igualdade de tratamento, impedindo qualquer forma de discriminação ou de arbítrio. De acordo com Andrade, os atos administrativos que afetem o conteúdo essencial dos direitos (composto pelo conteúdo mínimo que exprime a própria dignidade humana) estão feridos pela nulidade, não devendo produzir efeitos no mundo jurídico.

<sup>283</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha (2005, p. 451)

De tais considerações, podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito possui uma gama de deveres fundamentais a serem prestados aos indivíduos. Essas prestações, uma vez que passem a integrar o núcleo essencial de determinado direito, geram, para o indivíduo, a garantia de permanência e, para o Estado, a obrigação de manutenção no mesmo nível em que foram incorporados no patrimônio jurídico.

### 3.4.2 A Reserva do Possível

Como estamos nos referindo à obrigação do Estado frente aos direitos fundamentais, torna-se necessário considerar os limites materiais para a implementação dos mesmos. A atuação positiva do Estado, mais freqüente nos direitos sociais, depende da disponibilidade de recursos financeiros. Nas palavras de Ingo Sarlet<sup>284</sup>, “no que diz com os direitos sociais a prestações, seu ‘custo’ assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação”. Em contrapartida, o autor menciona a existência de uma outra dimensão dos direitos sociais que se refere às condições do destinatário da norma de dispor da prestação reclamada. O binômio possibilidade do poder público/disponibilidade do destinatário configura a chamada *reserva do possível*.

A Corte Constitucional Federal da Alemanha abordou pela primeira vez a questão da reserva do possível, em decisão relativa ao direito de acesso ao ensino superior<sup>285</sup>. No *decisum*, ficou consignado que a prestação reclamada deveria ser proporcional àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade, bem como aos recursos que o Estado possui e de que pode dispor. No caso, foi decidido que a obrigação estatal deveria manter-se nos limites do razoável, ou seja, não deveria ser concedida determinada prestação a um indivíduo que não fizesse jus ao benefício, quando, por exemplo, se tratasse de pessoas que pudessem arcar com seu próprio sustento. A delimitação do que pode ser entendido como “razoável”, de acordo com a decisão alemã, vai depender da ponderação do próprio legislador.

---

<sup>284</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003, p. 275

<sup>285</sup> *Idem*, p. 276/277

Os direitos sociais, do ponto de vista da reserva do possível, têm sua efetividade e sua eficácia diretamente relacionadas com os recursos disponíveis. Entretanto, considerando que o orçamento público é limitado, a destinação dos recursos é tarefa atribuída ao legislador e ao administrador. Posteriormente, diante da reclamação concreta, caberá ao julgador fazer um exame da adequação dessas opções às previsões constitucionais.

Entretanto, precisamos aqui destacar, juntamente com Freitas<sup>286</sup> e Sarlet<sup>287</sup>, que o reconhecimento da limitação fática imposta pela reserva do possível não pode significar o indeferimento judicial de prestações que se configurem necessidades emergenciais, sob pena de provocar o perecimento do direito à vida, à saúde, à integridade física e à dignidade humana<sup>288</sup>. Queremos dizer, com isso, que o argumento da limitação dos recursos não pode ser invocado para justificar toda e qualquer omissão do Poder Público nas prestações constitucionalmente garantidas.

A temática da reserva do possível é pertinente no presente trabalho para escaparmos de abordagens idealizadas a respeito da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Devemos referir que, numa sociedade marcada pela exclusão

---

<sup>286</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Op.cit.* 2005

<sup>287</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2003.

<sup>288</sup> Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme as decisões abaixo colacionadas:

AÇÃO ORDINÁRIA. MEDICAMENTOS. DIREITO DO ADOLESCENTE AOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA, CONDICIONADO À PROVA DA NECESSIDADE E DO RISCO DE VIDA. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO DE FORNECÊ-LOS, CONDICIONADO À RESERVA DO POSSÍVEL. 1. Os entes públicos têm o dever de fornecer gratuitamente o tratamento de que necessita o adolescente, cuja família não tem condições de custear, desde que exista risco de vida e fique cabalmente demonstrada a necessidade de receber a medicação, devendo a doença restar comprovada através de exames próprios. 2. A responsabilidade dos entes públicos é solidária, sendo necessária a atuação integrada do Poder Público como um todo, isto é, UNIÃO, ESTADO e MUNICÍPIO, sendo que o direito ao fornecimento de exames e medicamentos, está posto nos art. 196 da Constituição Federal e art. 11, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas está condicionada à reserva do possível, já que as necessidades são ilimitadas e a disponibilidade orçamentária é limitada. 3. O atendimento à saúde deve ser universal e é imperiosa a distribuição criteriosa dos medicamentos e serviços, conforme a divisão de competência do Sistema Único de Saúde, evitando-se a oneração indevida de um ente público, quando o fornecimento de determinado serviço ou de determinado fármaco for atribuição de outro, a partir da competência preestabelecida. Recurso provido. (Apelação Cível Nº 70019055474, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/04/2007).

CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PORTADORA DE TUMOR MALIGNO. POSSIBILIDADE. SANÇÃO PECUNIÁRIA. INADMISSIBILIDADE. 1. O direito à vida (CF/88, art. 196), que é de todos e dever do Estado, exige prestações positivas, e, portanto, se situa dentro da reserva do possível, ou seja, das disponibilidades orçamentárias. É passível de sanção a ausência de qualquer prestação, ou seja, a negativa genérica de fornecer medicamentos. Não cabe condenação em astreinte cuja matéria já restou decidida em agravo de instrumento, com trânsito em julgado, em razão da preclusão. Redução da verba honorária. 2. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70016489445, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 27/09/2006).

social como a nossa, enfrentamos uma demanda cada vez maior por prestações sociais e, em contrapartida, o decréscimo da capacidade prestacional do Estado<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*2004a.

## 4 A REGULAMENTAÇÃO DA MORADIA E DO MEIO AMBIENTE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O objeto da presente pesquisa é primordialmente a análise do conflito ou colisão do direito à moradia adequada e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz dos dispositivos constitucionais brasileiros. Defendemos que as normas da Constituição têm força jurídica e vinculam, em maior ou menor grau, os poderes públicos, impondo-lhes uma gama de incumbências para a satisfação dos direitos fundamentais.

Contudo, é impossível ignorar a importância da atuação legislativa na definição dessas incumbências e desses deveres do Estado<sup>290</sup>. Os preceitos constitucionais, mormente no que se refere aos direitos sociais<sup>291</sup>, muitas vezes necessitam da intervenção do legislador infraconstitucional para delinear as tarefas que não estão suficientemente determinadas na Carta Magna. Portanto, o estudo do conflito de normas fundamentais não pode ficar limitado às situações em que os tribunais resolvem o problema unicamente com a aplicação das normas constitucionais. Essa é a conclusão de José Carlos Vieira de Andrade<sup>292</sup>:

Por tudo isso, os espaços de conflito tendem a ser, na maior parte dos casos, regulados por normas ordinárias, mesmo para além das situações em que a Constituição prevê a existência de restrições legislativas de direitos.

(...)

Por um lado, há-de ter-se em conta a existência daquelas leis que designamos por leis harmonizadoras, isto é, as que, não estando constitucionalmente autorizadas a restringir os direitos, visam justamente apenas consagrar, *de forma geral e abstracta*, soluções para resolução de conflitos.

Por outro lado, deve tomar-se em consideração que os conflitos entre normas constitucionais também surgem no contexto da *aplicação nos casos concretos de leis ordinárias reguladoras da matéria*, quando estas utilizem conceitos indeterminados, situação que, em nosso entender, será a situação regra quando essas leis sejam leis harmonizadoras.

---

<sup>290</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004 p. 388

<sup>291</sup> Vieira de Andrade (2004) defende que os direitos sociais não são meramente proclamatórios, pois concedem aos titulares posições jurídicas subjetivas (pretensões). Entretanto, o conteúdo dessas pretensões é disposto na Constituição somente num patamar mínimo (o que não equivale, segundo o autor, a um grau zero de garantia). Esse conteúdo mínimo não pode ser ampliado pela interpretação judicial, dependendo exclusivamente da atuação do legislador ordinário que deve lhes dar um nível maior de determinabilidade.

<sup>292</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.* 2004 p. 321

Em vista disso, julgamos necessário proceder à análise da legislação infraconstitucional urbanística e ambiental que regulamenta os direitos fundamentais estudados. Dentro dos limites desta dissertação, daremos atenção apenas às leis que se relacionam mais diretamente com o tema: direito à moradia e direito ao meio ambiente.

Vale lembrar, por oportuno, que a moradia e o meio ambiente estão sendo abordados nesta pesquisa somente na sua dimensão urbana. O nosso foco delimita-se ao conflito entre direitos, tendo como pano de fundo as cidades brasileiras.

#### 4.1 AS CIDADES: PONTO DE INTERSECÇÃO ENTRE MORADIA E MEIO AMBIENTE

No cenário de ocupação das cidades brasileiras, a urbanização ocorreu de forma concentrada principalmente a partir da década de 30<sup>293</sup>. O Brasil sofreu, portanto, uma enorme transformação em sua estrutura política, econômica e social. A maioria da população migrou da zona rural para a cidade<sup>294</sup>, que passou a ser o centro econômico, quando a burguesia industrial tomou o espaço das oligarquias rurais.

As cidades, que antes eram inexpressivas e funcionavam somente para intermediação da economia agrícola, receberam um enorme contingente de pessoas sem possuir estrutura para tanto. Imediatamente, as propriedades urbanas passaram a ser valorizadas, dando origem a um mercado imobiliário excludente.

Impossibilitada de adquirir um espaço na agora valorizada cidade, a população de baixa renda passou a ocupar áreas excluídas desse mercado imobiliário, ou seja, áreas onde não era possível construir devido a condições geográficas não-propícias (áreas de risco) ou, ainda, por se encontrarem em regiões

---

<sup>293</sup> OSÓRIO, Leticia Marques. *Op.cit.* 2003.

<sup>294</sup> Edésio Fernandes destaca, ainda, um agravante ao fenômeno da urbanização que foi o fenômeno da metropolização. As pesquisas indicam que a maioria da população se concentrou em algumas grandes cidades brasileiras. Esse movimento, sem dúvida, gerou um problema de contingente nas grandes cidades, aumentando a pobreza e comprometendo consideravelmente a qualidade ambiental urbana. (FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000)

periféricas das metrópoles. Isso culminou na ocupação de áreas com valores ambientais relevantes<sup>295</sup>.

Nesse sentido, afirma Elida Séguin:

O homem aprisiona um espaço, apossa-se dele, tenta recriá-lo a sua imagem e semelhança, porém, termina arriscando-se, por sua ganância de poder, a sucumbir na teia que teceu. Modifica o ambiente natural para que o mesmo atenda as suas necessidades básicas, mas as alterações que processa terminam voltando-se contra o criador: instala-se o caos urbano e o homem fica enredado nele, sufocado pela poluição que deu origem e excluído pelo planejamento urbano elitista de seus representantes políticos. A sustentabilidade das cidades, sua função social e o respeito à dignidade humana são questões que determinam a qualidade de vida<sup>296</sup>.

Verificamos nas cidades brasileiras uma tensão constante entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente nas habitações precárias. Concordamos com Edésio Fernandes quando ele coloca que não se trata, exatamente, de um conflito. Os dois direitos são constitucionalmente protegidos e estão fundamentados no princípio da função sócio-ambiental da propriedade, cabendo aos especialistas tornar esses direitos compatíveis não num cenário ideal, mas num cenário possível<sup>297</sup>.

Com o acelerado processo de urbanização brasileira, que teve seu auge na década de 70, as cidades sofreram um aumento na densidade populacional com a instalação de indústrias e de moradia em áreas anteriormente desabitadas. A consequência disso foi o incrível impacto negativo gerado sobre o ambiente urbano: impermeabilização do solo e inundações daí decorrentes, diminuição de espaços verdes, existência de depósitos de lixo a céu aberto sem a destinação e o tratamento adequados, e, especialmente, ocupação de áreas ambientalmente protegidas<sup>298</sup>.

Daí decorre a necessidade de falarmos em desenvolvimento sustentável, conceito que foi amplamente divulgado após a publicação do Relatório Brutland<sup>299</sup>.

<sup>295</sup> FERNANDES, Edésio. Preservação Ambiental ou Moradia? Um falso conflito. In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 356

<sup>296</sup> SEGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.9

<sup>297</sup> FERNANDES, Edésio. *Op.cit.* 2006, p. 357

<sup>298</sup> PRESTES, Vanesca. *Op.cit.* 2004

<sup>299</sup> Relatório publicado em 1987 pela CMAD, conhecido como "Nosso Futuro Comum". Passou a ser chamado de "Relatório Brutland" por causa de Gro Harlem Brutland, antiga primeira-ministra norueguesa que também foi diretora geral da Organização Mundial de Saúde. Tal relatório concluiu que a preservação do ambiente, a eliminação das desigualdades e o combate à pobreza podem contribuir para a promoção do desenvolvimento econômico mundial.

Esse relatório destacou, já em 1987, que o problema da degradação ambiental estava relacionado não apenas à riqueza, ou seja, aos altos padrões de produção e consumo capitalistas, mas, sobretudo, à pobreza. A falta de alternativas de moradia popular nas grandes cidades forçou as camadas mais pobres da população a ocupar, ilegalmente, espaços impróprios para habitação como encostas íngremes, várzeas inundáveis, beira de rios e cursos d'água, mananciais e toda sorte de áreas de risco. Isso tudo gera um prejuízo ambiental para toda a cidade e, principalmente, para a própria comunidade que habita o local vulnerável.

Muitas são as denominações utilizadas para designar a sustentabilidade do ecossistema urbano, tais como “cidades sustentáveis”, “bairros ecológicos”, entre outras. Entretanto, o importante é que as diretrizes e políticas urbanistas atuais sinalizam uma grande preocupação com o tema<sup>300</sup>.

O desenvolvimento sustentável da *pólis*, ainda que tenha entrado na pauta do direito urbanístico, não é tarefa fácil e requer grande esforço por parte dos juristas e pelos estudiosos em geral para buscar as soluções possíveis frente aos casos concretos que se apresentam.

A dificuldade advém do fato de que são as próprias estratégias de sobrevivência dos pobres urbanos que causam o impacto ambiental. No caso específico da ocupação para fins de moradia, freqüentemente a população carente ocupa encostas, retirando a cobertura vegetal do solo para construir os barracos, e bloqueia, com isso, os caminhos naturais da drenagem das águas da chuva. Contudo, a responsabilidade dos desfavorecidos é indireta, vez que não escolheram exatamente o local de sua habitação. Como argumenta Marcelo Lopes de Souza<sup>301</sup>, o mecanismo que induz a população pobre a residir em áreas de risco é a carência material, unida ao reduzido leque de opções nas cidades brasileiras, não se tratando, portanto, de uma intencional estratégia para usufruir das “vantagens” da ocupação ilegal, tal como o não-pagamento de impostos.

O município, enquanto ente federativo mais próximo, assume fundamental importância na solução desses conflitos. A partir da Constituição de 1988, os municípios passaram a ser considerados entes da Federação, tendo autonomia política e capacidade de se auto-organizar.

---

<sup>300</sup> SEGUIN, Elida. *Op.cit.* 2005, p. 60

<sup>301</sup> Marcelo Lopes de Souza (2000)

A primeira constituição republicana já consagrava a existência do município como ente político-administrativo. Todavia, só havia um artigo dispendo sobre a sua finalidade através da expressão “peculiar interesse municipal”. Com acerto, Elida Séguin<sup>302</sup> critica esta expressão, aduzindo que o interesse municipal era facilmente afastado pelos interesses estatais e/ou federais.

Portanto, o poder de auto-organização só foi delegado aos municípios a partir da Carta Constitucional de 1988. Esses entes têm, inclusive, constituição própria, a Lei Orgânica, a qual é promulgada pela Câmara Municipal.

Analisando a formação das cidades brasileiras, percebe-se que compete principalmente ao município tomar as medidas necessárias, através de políticas públicas justas e democráticas, para gerir o seu espaço, buscando o adequado desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar comum.

Entretanto, a repartição de competências em matéria de meio ambiente e urbanismo gera alguma polêmica. Por um lado, alguns juristas acreditam que a normatização deveria ser feita, exclusivamente, pela União. Todavia, o entendimento majoritário é o de que a competência constitucional da União para legislar não exclui a competência municipal, quando a questão envolver problemas locais.

Acentua Paulo Affonso Leme Machado<sup>303</sup> que a Constituição Federal de 1988 utilizou a expressão “interesse local” ao determinar a matéria de competência do município<sup>304</sup>. Ocorre que existem bens em relação aos quais a Constituição atribuiu competência exclusiva à União e aos estados. Nesse caso, cabe ao município apenas aplicar a legislação em seu território, como é o caso, por exemplo, da legislação de águas. Por outro lado, existem alguns bens que não ficam sujeitos à exclusiva legislação federal, podendo o município estabelecer regras sobre a utilização desses bens.

---

<sup>302</sup> SEGUIN, Elida. *Op.cit.* 2005.

<sup>303</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op.cit.* 2003

<sup>304</sup> Dispõe o art. 30 da CF: “Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV – criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental; VII – prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento a saúde da população; VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Em relação ao direito urbanístico, não há previsão expressa de competência legislativa do município. Conclui-se, porém, que essa competência seja preponderante devido à disposição do artigo 30 da Constituição Federal. Nesse sentido, também dispõe o artigo 182 da Carta Magna que a política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo poder público municipal. É claro que reconhecer essa preponderância não significa excluir a possibilidade da União e dos estados intervirem, quando necessário, nos problemas urbanos. De acordo com Nelson Saule Júnior<sup>305</sup>, o município deve legislar sobre assuntos de interesse local e promover o planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

As diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano são de responsabilidade da União. Admite-se, contudo, que o município crie essas diretrizes por lei municipal de forma supletiva apenas<sup>306</sup>. Essa situação só ocorreria diante da omissão da União. Isso porque o município, em razão de sua autonomia e da competência para as questões urbanas, não pode ficar isento de responsabilidade na ocorrência da omissão por parte da União.

Por derradeiro, no âmbito da discussão da competência em matéria urbano-ambiental, é cabível a aplicação do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o ente centralizador só deve agir quando o agente local não tiver condições estruturais para enfrentar determinado problema. Com isso, reforça-se o caráter democrático, já que as decisões estariam sendo tomadas, em sua grande maioria, pela instância política mais próxima do cidadão<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico brasileiro**: ordenamento constitucional da política urbana, aplicação e eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Fabris, 1997.

<sup>306</sup> “A determinação do papel do ente municipal nesse contexto requer a observância de que temas afetos ao direito urbanístico, conservação da natureza, proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, matérias arroladas nos incisos I, VI e VII do artigo 24 da Constituição Federal, são de competência legislativa concorrente entre União e Estados-membros, tornando-se forçoso concluir que a legislação municipal, ao tratar de semelhantes questões, não pode contrariar a disciplina contida em regras federais e estaduais. É certo que o Município detém competência legislativa supletiva em matérias relativas a interesses locais, mas não se pode, através de interpretação extensiva da regra inscrita no artigo 30, I, da Carta Federal, tornar inócua o artigo 24, pois, desse modo, qualquer lei federal ou estadual cederia perante a supremacia da legislação municipal em questões onde haja não apenas interesse local, mas também regional e/ou nacional envolvidos.” (GRAF E LEUZINGER, 1998, p. 51)

<sup>307</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. *Op.cit.* 2007

## 4.2 FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

A Carta de 1988 incluiu o princípio da função social da propriedade no rol do artigo 5º (*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*), inciso XXIII<sup>308</sup>. Inserimos a análise desse princípio neste capítulo em razão da sua recorrente menção na legislação infraconstitucional. Esse princípio assume notável importância na pesquisa, na medida em que temos como objeto o agravamento do problema ambiental, ocasionado pela forma de aproveitamento dos espaços físicos.

Primeiramente, precisamos buscar um conceito para a função social da propriedade. Podemos citar uma definição de Santi Romano, entre tantas possíveis, lembrada por Jacques Alfonsin<sup>309</sup>, segundo a qual essa função é “todo poder exercido não por interesse próprio ou exclusivamente próprio, mas por um interesse alheio ou por um interesse objetivo”.

Essa conceituação parece indicar que o princípio da função social considera os interesses, ou melhor, as necessidades de outros indivíduos a despeito dos direitos do proprietário. O mesmo objeto – propriedade, seja ela rural ou urbana – é alvo do direito fundamental do proprietário e do direito fundamental dos desprovidos de propriedade.

Na concepção liberal-individualista, a propriedade era entendida como um direito-poder do proprietário que, por sua vez, estava autorizado a excluir desse poder todas as outras pessoas<sup>310</sup>. Com o advento da função social da propriedade, restou modificada, pois, a natureza individualista atribuída a esse direito pelo Código Civil de 1916. Diante disso, o titular do direito de propriedade não tem mais a liberdade de outrora, passando a ter limitações no gozo e na utilização do seu espaço. Nesse sentido, explica Cristiane Derani:

A propriedade privada é um valor constitutivo da sociedade brasileira, fundada no modo capitalista de produção. Sobre este preceito recai um outro que lhe confere novos contornos. Um novo atributo insere-se na propriedade, que além de privada, ou seja, ligada a um sujeito particular de direito, atenderá a uma destinação social, isto é, seus frutos deverão

---

<sup>308</sup> Art. 5, XXIII, CF/88: “A propriedade atenderá a sua função social”.

<sup>309</sup> ROMANO *apud* ALFONSIN, Jacques Távora. *Op.cit.* 2003, p.166

<sup>310</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. *Op.cit.* 2003.

reverter de algum modo à sociedade, o que não exclui naturalmente o poder de fruição particular inerente ao domínio, sem o qual o conteúdo privado da propriedade estaria esvaziado<sup>311</sup>.

Daí é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro continua protegendo o direito de propriedade, contanto que este não exclua/lese o direito de toda a coletividade.

Jacques Távora Alfonsin<sup>312</sup> estabelece a relação entre o espaço físico terra (propriedade) e a satisfação das necessidades vitais, especialmente a moradia e a alimentação. A terra, antes de possuir um valor de troca, possui um valor de uso, sendo seus frutos importantes para a satisfação das necessidades de toda a população. Ademais, a terra é o espaço de convívio entre os indivíduos; é, sobretudo, o local da habitação humana. Portanto, existe uma importância social que não pode ficar submetida à mera conveniência dos proprietários. Para ilustrar esta idéia, trazemos à baila a opinião de Rousseau a respeito da propriedade sobre a terra:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: isto é meu, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: "Evitai ouvir esse impostor. Estareis perdido se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!"<sup>313</sup>

Ost<sup>314</sup> deixa claro que, pelo menos em tese, ocorre uma transição da idéia de propriedade absoluta – com o tradicional abuso de domínio – para a idéia de propriedade-usufruto, sendo esta destinada a produzir frutos econômicos, sociais e ambientais no longo prazo, os quais irão beneficiar inclusive as gerações futuras.

Outro elemento condicionante do exercício do direito de propriedade – tanto urbana quanto rural – é a função ambiental que ela deve exercer. Esse conceito de função sócio-ambiental da propriedade privada é bastante recente e foi inspirado na proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrada no artigo 225 da Constituição de 1988. Segundo esse princípio, a utilização da propriedade deve

---

<sup>311</sup> DERANI, Cristiane. *Op.cit.* 2001, p. 253

<sup>312</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. *Op.cit.* 2003, p.70

<sup>313</sup> ROUSSEAU *apud* ALFONSIN, Jacques Távora. *Op.cit.* 2003, p.70

<sup>314</sup> OST, François. *Op.cit.* 1999.

estar em harmonia com a preservação do meio. Nesse sentido, vejamos o que escreve Henkes sobre a função sócio-ambiental da propriedade:

[...] inúmeros institutos cíveis, ambientais, urbanísticos e constitucionais prescrevem a imprescindibilidade do efetivo cumprimento da função sócio-ambiental da propriedade no século XXI, inclusive adotando instrumentos coercitivos com sérias repercussões patrimoniais ao proprietário, a fim de resguardar os direitos difusos e coletivos, bem como a dignidade da pessoa humana<sup>315</sup>.

Como afirma o autor, o princípio da função sócio-ambiental da propriedade, consagrado na Constituição Federal de 1988, passou a integrar diversas leis infraconstitucionais brasileiras. Fazemos referência ao Código Civil de 2002 que dispôs, em seu artigo 1228, parágrafo 1º<sup>316</sup>, que o direito de propriedade precisa ser exercido em consonância com as finalidades econômicas, sociais e ambientais.

Ainda sobre a função sócio-ambiental, pontua Tiago Fensterseifer<sup>317</sup>:

Destaca-se que o interesse social (direito subjetivo público) em relação à determinada propriedade privada, pode ser de maior ou menor grau, dependendo sempre da relevância social, ou mesmo ambiental, do bem jurídico em questão. A propriedade, por exemplo, que recaia sobre área de preservação permanente, reconhecendo-se o valor ambiental e social da preservação dessa área para todo o ecossistema onde está inserida, deve receber uma valoração social diferente se comparada à outra área sem a mesma significância jurídica.

O direito de propriedade sofreu, portanto, uma significativa alteração após a Constituição, ganhando um viés social e ecológico<sup>318</sup>.

Essa nova perspectiva da propriedade se aplica, ainda que de forma distinta, à propriedade urbana. De acordo com Elida Séguin e Francisco Carrera<sup>319</sup>, a

<sup>315</sup> HENKES, Silviana Lúcia. A Propriedade Privada no Século XXI. **Revista Sequência Florianópolis**, n. 49, p.113-134, dez. 2004, p.133

<sup>316</sup> Art. 1228, parágrafo 1º: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

<sup>317</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. *Op.cit.* 2007

<sup>318</sup> “O caráter privado cede espaço ao social e vai alterar, por fora das normas e princípios constitucionais, o próprio direito de propriedade, impondo-lhe limites. Para tal mister, conforme sintetiza José Luís Bolzan de Moraes, o Estado abandona sua posição neutra e passa a intervir nas atividades econômicas em benefício da sustentabilidade ambiental.” (TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *Op.cit.* 2006, p. 128).

<sup>319</sup> SEGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Planeta Terra: uma abordagem de direito ambiental**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001

propriedade urbana guarda características peculiares que a distinguem da propriedade rural, ela é *elástica, cúbica, teleológica, plástica e temporal*. A propriedade urbana é *elástica*, pois o limite para construção vai, por vezes, além do limite da sua área. É possível construir em planos superpostos. Diz-se, pelo mesmo motivo, que a propriedade urbana é *cúbica*, pois as medidas de altura e de profundidade passam a ser relevantes, uma vez que é freqüente a edificação para cima ou para baixo do nível, sendo possível “criar solo”.

A propriedade é *teleológica* porque deve obedecer a uma finalidade determinada pelo poder público (bem-estar da coletividade). Assim, o proprietário passa a ter obrigações e não apenas faculdades. Pelo mesmo motivo, os autores classificam a propriedade urbana como *plástica*, pois ela necessariamente terá a feição que o Plano Diretor lhe atribuir (residencial, industrial, comercial, etc.). Entretanto, como o Plano Diretor é mutável, a propriedade é *temporal* nas suas potencialidades edilícias e de uso, o que significa dizer que uma área destinada à moradia pode perfeitamente se transformar num centro comercial, se o poder público entender ser essa modificação do interesse da comunidade.

Considerando essas características, percebemos que a propriedade urbana tem sua função bastante condicionada à destinação atribuída pelo Plano Diretor. Assim, a função social e ambiental da propriedade urbana é diferente da função da propriedade rural. O solo urbano está cumprindo sua função social quando se destina, conforme a legislação urbanística determina<sup>320</sup>, a habitação, trabalho, recreação, circulação<sup>321</sup>. Logo, o direito de propriedade, na cidade, só está garantido constitucionalmente se o uso dessa propriedade estiver submetido às determinações do Plano Diretor, sendo inclusive estabelecidas sanções aos proprietários que não atenderem o planejamento municipal (artigo 182, parágrafo 4º).

Como pontua Nelson Saule Júnior<sup>322</sup>, podemos afirmar, de forma geral, que o aproveitamento da propriedade urbana será adequado, quando os seguintes aspectos forem atendidos: (a) acesso à moradia a todos; (b) justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; (c) regularização e urbanização das áreas ocupadas pela população pobre e (d) proteção, preservação e recuperação do

---

<sup>320</sup> A Constituição de 1988 define, em seu art. 182<sup>320</sup>, a competência municipal para gestão dos espaços urbanos.

<sup>321</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.107

<sup>322</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *Op.cit.* 1997

meio ambiente natural e construído. O grande desafio que permeia o cotidiano das cidades – e que é o fio condutor da presente pesquisa – é encontrar o ponto de equilíbrio entre todos esses fatores.

Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, o aproveitamento adequado da propriedade urbana já havia sido regulamentado na legislação infraconstitucional, embora desprovido de um conceito de função sócio-ambiental propriamente dito, através da Lei de Parcelamento do Solo.

#### 4.3 LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

Até a edição da Lei de Parcelamento do Solo em 1979, a regulamentação federal era esparsa<sup>323</sup>, ficando a cargo de cada município estabelecer as restrições urbanísticas referentes ao parcelamento do solo em seu território<sup>324</sup>.

O parcelamento do solo urbano integra o processo de urbanificação de determinada gleba e se realiza através da divisão em parcelas individualizadas, onde serão exercidas as funções urbanísticas<sup>325</sup>. A Lei nº 6766/79 veio regular exclusivamente o parcelamento do solo urbano e determinou em seu artigo 2º o conceito de loteamento:

Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

A Lei nº 6766/79 se refere a todo e qualquer loteamento, independentemente de ter um caráter comercial. Na realidade, a intenção do legislador foi, também, incentivar a regularização dos loteamentos clandestinos. A lei determinou normas urbanísticas para a aprovação dos parcelamentos, impediu o parcelamento do solo

---

<sup>323</sup> Existiam apenas o Decreto-Lei 58 de 1937 e o Decreto-Lei 271 de 1967.

<sup>324</sup> OSÓRIO, Letícia Marques. *Op.cit.* 2003.

<sup>325</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000

em determinadas áreas da cidade<sup>326</sup> e criminalizou a conduta da venda de lotes de terreno sem prévia aprovação e registro. Além disso, criou a figura do loteamento popular e possibilitou a regularização dos parcelamentos que haviam sido feitos em desacordo com as normas jurídicas vigentes anteriormente.

O poder público passou a ter instrumentos para fiscalizar e acompanhar a formação das cidades. A questão dos desmembramentos de glebas já era uma realidade; entretanto, com o advento da lei, a administração fixou critérios para sua aprovação e reforçou a finalidade maior dos loteamentos, a edificação para fim habitacional. Através da lei de 1979, pela primeira vez, foram definidos padrões urbanísticos de uso e ocupação do solo a serem observados pelos municípios<sup>327</sup>.

É interessante notar que, após a Constituição de 1988, foi atribuído poder aos municípios para determinar os índices urbanísticos a serem exigidos. Portanto, os loteamentos se subordinam às normas urbanísticas de competência municipal e, ainda, à legislação federal.

Contudo, por determinação legal específica, é do município a competência para aprovar o projeto de parcelamento do solo (artigo 12 da Lei nº 6766/79). Por estar mais próximo dos habitantes, o município tem melhores condições de conhecer as particularidades do local e de decidir quais os aspectos a serem preservados.

Ressalte-se, ainda, que o poder público não deve apenas aprovar o projeto do loteamento, mas, principalmente, observar o andamento da obra, fiscalizando se tudo está de acordo com o projeto apresentado. Qualquer modificação que, porventura, possa ocorrer no parcelamento deve ser novamente submetida à aprovação. Essa fiscalização é tarefa do poder de polícia municipal<sup>328</sup>.

É necessário reforçar que o parcelamento do solo urbano só se torna regular se, após aprovado pela administração, for efetivamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente. Se o loteador não fizer o registro notarial e colocar

---

<sup>326</sup> Lei 6766/79, Art. 3º, Parágrafo Único: Não será permitido o parcelamento do solo:

I- em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II- em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III- em terreno com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV- em terrenos onde as condições geológicas não aconselhem a edificação;

V- em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

<sup>327</sup> OSÓRIO, Letícia Marques. *Op.cit.* 2003

<sup>328</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

os lotes à venda, estará incidindo nos crimes previstos pelos artigos 50 e 51 da Lei nº 6766/79.

A legislação, freqüentemente, não é observada pelos loteadores, sendo comum observarmos, nas grandes cidades brasileiras, duas práticas ilegais: o loteamento clandestino e o loteamento irregular. No primeiro caso, o loteador parcela o terreno e coloca à venda sem ter qualquer autorização do poder público, por vezes, sem ter sequer o título de domínio da propriedade. Assim, alguns indivíduos adquirem lotes – que não possuem infra-estrutura adequada – e ainda correm o risco de perder, no futuro, a sua propriedade. No caso dos loteamentos irregulares, os vendedores possuem a autorização da prefeitura, mas, na hora de executar a obra, não atendem os padrões legalmente exigidos. A prefeitura pode proceder ao embargo às obras de urbanização, exigindo a regularização do local. Nesses dois casos, o município tem conduta omissiva, e pode ser judicialmente responsabilizado, eis que os loteamentos ilegais podem até ser “clandestinos”, mas nunca são propriamente ocultos, pois se desenvolvem sob a vista de todos<sup>329</sup>.

Em 1999, o governo federal editou a Lei 9785 modificando a Lei de Parcelamento do Solo. O novo instrumento jurídico trouxe uma série de inovações relevantes. Como exemplo, é possível citar a disposição do artigo 2º, parágrafo 5º inserido na Lei nº 6766/79, que estabelece o que é infra-estrutura básica, a saber:

---

<sup>329</sup> O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de atribuir responsabilidade aos Municípios pela conduta omissiva na fiscalização e regularização dos loteamentos irregulares. Nesse sentido, colacionamos as seguintes ementas: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER. LEGITIMIDADE PASSIVA. ARTS. 30, VIII, DA CF, E 40 DA LEI 6.766/79. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.1. A ausência de prequestionamento do dispositivo legal tido como violado torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.2. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária.4. Legitimidade passiva do ente municipal para figurar em ação civil pública que objetiva a regularização de loteamento irregular.5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.(REsp 447.433/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01.06.2006, DJ 22.06.2006 p. 178); PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO PARA FINS SOCIAIS IRREGULAR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO.PODER-DEVER. ART. 40 DA LEI N. 6.766/79. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.1. As exigências contidas no art. 40 da Lei n. 6. 766/99 encerram um dever da municipalidade de , mesmo que para fins sociais, regularizar loteamento urbano, visto que, nos termos do art. 30, VIII, da Constituição Federal, compete-lhe promover o adequado ordenamento territorial mediante planejamento, controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.2. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido.(REsp 131.697/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.04.2005, DJ 13.06.2005 p. 216). SILVA, José Afonso da. Op.cit. 2000, p. 329/331

os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não.

A Lei nº 9785/99 criou, ainda, a figura das zonas habitacionais de interesse social (ZHIS). Essas áreas são entendidas como necessárias ao cumprimento da função social da cidade e, portanto, têm critérios menos rígidos de infra-estrutura e podem ter área mínima menor do que a exigida para loteamentos tradicionais. Nos parcelamentos situados nas zonas de interesse social, não há a exigência de redes de abastecimento de energia elétrica pública, nem redes de esgotamento sanitário. Além disso, a Lei nº 9785/99 cria a figura do parcelamento popular – que pode estar localizado em zonas habitacionais de interesse social ou não – o qual dispensa o registro imobiliário<sup>330</sup>.

Importa-nos, por fim, destacar a intersecção entre a questão urbana e a questão ambiental presente na Lei de Parcelamento do Solo. Ainda que o meio ambiente não tenha sido o foco imediato de proteção dessa lei, é impossível desconsiderar a previsão, no artigo 3º, parágrafo único, e no artigo 4º da Lei nº 6766/79, de áreas onde não é autorizado o parcelamento do solo urbano, em razão da existência de áreas de preservação ecológica, margens de rios e terrenos com declividade acentuada.

Entretanto, a noção da interligação necessária entre os elementos urbanísticos e ambientais aparece de forma bastante mais expressiva no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001.

#### 4.4 ESTATUTO DA CIDADE

Em 10 de julho de 2001, entrou em vigor a Lei nº 10.257 – Estatuto da Cidade – com o objetivo de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Os

---

<sup>330</sup> Lei 6766/79 (alterada pela lei 9785/99), art. 18, parágrafo 4º: “O título de propriedade será dispensado quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação.”

dispositivos constitucionais da política urbana não eram auto-aplicáveis, carecendo de uma regulamentação federal. A Lei Federal nº 10.257/2001 tramitou por mais de dez anos até ser aprovada, iniciando sua vigência em outubro de 2001.

Segundo Edésio Fernandes<sup>331</sup>, o Estatuto da Cidade apresenta quatro dimensões: é considerado um marco jurídico-político para o direito urbanístico, cria novos instrumentos que possibilitam aos municípios a elaboração de uma ordem urbana mais justa, cria processos político-jurídicos para uma gestão democrática das cidades e traz instrumentos jurídicos de regularização fundiária para os assentamentos.

#### O estatuto

tratou de criar um sistema de normas e institutos que têm em seu cerne a ordem urbanística, trazendo a lume um direito urbano-ambiental dotado de institutos e características peculiares, enraizado e fundamentado no texto constitucional<sup>332</sup>.

Vanesca Prestes<sup>333</sup> ressalta que, nessa lei, há um expresse reconhecimento dos problemas urbanos como problemas ambientais. A autora ressalta, contudo, que o meio ambiente da cidade deve contemplar também a dimensão construída e modificada pelo homem e não apenas o meio ambiente natural:

O meio ambiente no espaço urbano contempla tanto o ambiente natural (ar, água, solo, fauna e flora) quanto o ambiente artificial ou humano, denominado construído. O ambiente construído engloba os aspectos econômicos, sociais, de patrimônio histórico-cultural, a cultura local, a infraestrutura urbana presentes e necessários à vida nas cidades. O conceito de meio ambiente no espaço urbano necessariamente precisa contemplar o espaço construído, suas interações e seus problemas. A irregularidade urbana é um típico problema da cidade construída e que precisa ser enfrentado na perspectiva urbano-ambiental que a cidade sustentável exige, definindo as áreas que não são possíveis de permanência em concreto, indicando o que fazer com os que lá residem e não apenas em abstrato, ignorando que há um universo enorme de cidadãos que residem nestes locais<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> FERNANDES, Edésio. *Op.cit.* 2004.

<sup>332</sup> PRESTES, Vanesca. *Op.cit.* 2004, p.209

<sup>333</sup> *Ibidem*

<sup>334</sup> *Idem*, p. 212

O artigo 2º, inciso I<sup>335</sup> do Estatuto da Cidade traz a idéia de cidade sustentável, indicando a necessidade de harmonizar a questão urbanística com a questão ambiental. Além disso, a preocupação com o meio ambiente recebe destaque já na disposição do artigo 1º parágrafo único:

Artigo 1º.Parágrafo Único: Para todos os efeitos, esta Lei, denominada 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*. (grifo nosso)

São bastante relevantes as melhorias na política urbana sugeridas pelo Estatuto da Cidade. Séguin<sup>336</sup> ressalta que o estatuto procurou promover um crescimento *intersticial*, incentivando a otimização do uso do solo urbano. Através da ocupação dos espaços vazios das cidades, evita-se a especulação imobiliária. Além disso, verifica-se um movimento de descentralização territorial, ou seja, transferência de funções sempre que possível do poder central para as coletividades locais no sentido de favorecer o exercício da cidadania.

O planejamento das cidades é destacado como instrumento da política urbana (artigo 4º, III). O ato de planejar do desenvolvimento é essencial para a sustentabilidade das cidades, já que impede o improvisado. A ausência desse instrumento fere os princípios ambientais da precaução e da prevenção<sup>337</sup>

Na ocupação das cidades brasileiras, a ausência de planejamento acabou por favorecer a desordem, o caos, a ocupação de “áreas verdes” e a prática do regime de engorda de terras, através do qual o proprietário adquire uma terra e a mantém inativa esperando que a mesma seja valorizada pelo tempo e pela expansão da cidade.

<sup>335</sup> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer para as presentes e futuras gerações.

<sup>336</sup> SEGUIN, Elida. *Op.cit.* 2005.

<sup>337</sup> Sobre estes princípios, dispõe José Rubens Morato Leite: “Comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta. A precaução exige uma atuação racional, para com os bens ambientais e com a mais cuidadosa apreensão dos recursos naturais, que vai além de simples medidas para afastar o perigo.” (LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47). SEGUIN, Elida. *Op.cit.* 2005, p. 69

Como importante elemento do planejamento municipal, temos o Plano Diretor, que é o conjunto de normas que irá estabelecer os objetivos a serem atingidos pela cidade, as atividades a serem executadas e as diretrizes de desenvolvimento urbano<sup>338</sup>. A elaboração do plano é de competência do executivo municipal, e a aprovação do mesmo se dá por lei na Câmara Municipal. Durante a elaboração do Plano Diretor, deve haver participação democrática através de audiências públicas realizadas com a população e associações interessadas, bem como através do livre acesso às informações.

O Plano Diretor é de extrema importância para a organização das cidades e é elaborado em conformidade com os interesses de cada uma. O Estatuto da Cidade determinou, em seu artigo 41, a obrigatoriedade do referido plano nos grandes centros urbanos. De acordo com o estatuto, o Plano Diretor deverá tratar do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o exercício do direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir. Quanto a essa enumeração, Paulo Affonso Leme Machado<sup>339</sup> faz uma crítica, dizendo ser muito limitada. O autor considera que o estatuto, infelizmente, deixou de determinar expressamente que todos os planos diretores abordassem a questão ambiental. Nesse sentido, não há qualquer exigência específica legal, somente o princípio da função social da cidade que deve necessariamente passar pela preservação ambiental.

José Afonso da Silva<sup>340</sup> ensina que o conteúdo do Plano Diretor tem três aspectos diferentes: o físico, o social e o administrativo-institucional. O aspecto físico trata da organização do solo no sentido da melhoria da qualidade de vida da comunidade. O plano deve conter regras sobre as vias, o zoneamento e os espaços verdes e áreas de preservação. Já o aspecto social refere-se aos serviços de educação, saúde, saneamento básico, lazer, esporte, serviços que devem ser oferecidos à população. Por fim, o aspecto administrativo institucional determina que estejam previstos os meios para implementação, execução e revisão do Plano Diretor. Isso porque muitas das disposições serão renovadas em outro momento e, dessa forma, o Plano deverá prever mudanças institucionais e jurídicas.

---

<sup>338</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995

<sup>339</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op.cit.* 2003

<sup>340</sup> SILVA, José Afonso da. *Op.cit.* 1995

Assume especial relevância no Estatuto da Cidade a forma de gestão democrática das cidades, determinada pelo artigo 43<sup>341</sup>. Elege-se, nessa lei federal, a participação direta da população nas propostas, diretrizes e definições orçamentárias das cidades como complemento da forma tradicional de democracia<sup>342</sup>.

O modelo de política democrática representativa tem se mostrado insuficiente para a gestão urbana. O Estado Moderno, fundado exclusivamente na tríplice configuração – território, povo e poder –, vai sendo desconstituído, dando lugar à construção de novos locais de tomada de decisão<sup>343</sup>. Essa participação direta se coloca como uma fonte legítima de autoridade e, via de regra, como uma forma mais eficiente de administração urbana, já que é justamente a comunidade local que melhor conhece os problemas cotidianos. De acordo com Morais<sup>344</sup>:

(...) a hipótese suscitada pressupõe que a democracia representativa tende a ver-se convivendo ou substituída pela democracia participativa, na medida em que esta aponta para um mais amplo processo de responsabilização social dos cidadãos ou, caso contrário, aquela tende a ver comprometidos todos os seus pressupostos, inclusive os de caráter exclusivamente formal-procedimental e/ou, por outro lado, por uma democracia cosmopolita que conjuga espaços locais, regionais, nacionais e supranacionais, fazendo conviver o espaço público estatal e não-estatal, além do espaço privado.

Na concepção do autor, a democracia direta possibilita que o cidadão abandone a posição de apatia e de indiferença a que foi confinado pela

---

<sup>341</sup> Art. 43: “Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: I- órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; II – debates, audiências e consultas públicas; III- conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.”

<sup>342</sup> Sobre a gestão participativa das cidades, Cláudia Augusta Lopes Mendonça destaca: “... até meados da década de 80 a intervenção do Poder Público nas cidades teve como características o autoritarismo e a centralização da gestão, a ausência de participação da sociedade em geral (a elaboração bem como a execução dos orçamentos eram tidas como assunto de especialistas), o desrespeito ao meio ambiente e ao patrimônio cultural.” (...) “Nota-se, entretanto, o surgimento de uma nova postura na gestão urbana, mais descentralizada e democrática, em que se destaca o poder local e a criação de canais que viabilizam a participação dos cidadãos nas decisões governamentais, sendo estimuladas as parcerias entre o poder público e as organizações não- governamentais, bem como processos auto-gestionários e co-gestionários. Esses são responsáveis, inclusive, por programas de construção de habitações, que se busca baratear mediante novas formas de gestão, produção e mesmo financiamento direto ao usuário final.” (2003, p.54/55)

<sup>343</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de; ZANIN, Fabrício Carlos; NETO, Alfredo Copetti. A Democracia dos Modernos; crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas. In ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz. **Anuário do programa de pós-graduação em direito:** Mestrado e Doutorado Unisinos. São Leopoldo, 2003

<sup>344</sup> Idem, p.199

*fantochização* da democracia moderna. O sistema representativo, para ser legítimo, deveria ser fundado no pluralismo de ideologias, oferecendo aos eleitores opções realmente diversificadas. José Luis Bolzan de Moraes<sup>345</sup> entende que a democracia representativa cria falsas possibilidades de escolha, já que o cenário político brasileiro tem se apresentado de forma praticamente homogênea, dando ao povo uma sensação de que o *jogo já está feito*. Portanto, com o sistema de participação direta, devolve-se ao cidadão a liberdade de escolha nas decisões públicas.

A Lei nº 10.257/2001 privilegia expressamente essa participação direta na escolha das prioridades da cidade. A participação popular ocorre através da atuação dos cidadãos e de associações representativas nos procedimentos como debates, audiências públicas, conferências e iniciativa popular de projeto de lei, plebiscito e referendo popular.

A garantia do direito à terra urbana e à moradia é um dos pontos nucleares do estatuto (art. 2º, inciso I). Os instrumentos para regularização de assentamentos irregulares estão previstos no artigo 4º, inciso V<sup>346</sup>. No âmbito deste trabalho, estudaremos prioritariamente os principais institutos para a efetivação do direito à moradia na cidade: a usucapião de imóvel urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia.

#### **4.4.1 A Defesa da Moradia através da Regularização Fundiária**

A usucapião urbana e a concessão especial para fins de moradia, ambos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, são importantes mecanismos para regularizar a situação de quem vive na ilegalidade.

---

<sup>345</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ZANIN, Fabrício Carlos; NETO, Alfredo Copetti. *Op.cit.*, 2003

<sup>346</sup> Os instrumentos jurídicos e políticos previstos no Estatuto da Cidade são os seguintes: "a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis e de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito.(art. 4º, inciso V).

A usucapião se justifica pelo fato de que todo bem urbano deve ter uma função social. Diante disso, o proprietário que deixar seu imóvel abandonado poderá perder o domínio para terceiro que cuidou da propriedade como se sua fosse, assumindo maior relevância a posse em detrimento do domínio.

Ora, a segurança da posse já estava prevista no Código Civil de 1916 e na Constituição Federal de 1988, inclusive em relação ao imóvel urbano. O Estatuto da Cidade, por sua vez, veio conferir eficácia à usucapião individual urbana, bem como trazer novas possibilidades próprias da vida nas grandes cidades, como a usucapião coletiva e a usucapião em edificações.

A usucapião é considerada um modo originário de aquisição. O possuidor deve utilizar a área para moradia própria ou de sua família. Até o advento do Estatuto da Cidade não era possível que a pessoa jurídica fosse sujeito ativo da usucapião moradia. Entretanto, com a possibilidade da usucapião coletiva (artigo 10 do Estatuto da Cidade), é viável que uma área comum, como aquela destinada a associações e creches, seja usucapida pelo condomínio dos moradores.

Nunca é demais lembrar que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, somente a propriedade particular pode ser objeto de usucapião.

O Estatuto da Cidade permitiu a usucapião individual urbana também em edificações verticais. Ficou claro que não há motivo para se excluir os apartamentos da incidência da usucapião urbana. Isso porque é cada vez mais freqüente, nas grandes cidades, a presença de condomínios abandonados e sem qualquer destinação específica, deixando de cumprir com a função social da propriedade (artigo 170, III, CF). Nesse sentido, encontra-se decisão recente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL. APARTAMENTO. POSSIBILIDADE. É juridicamente admissível o usucapião constitucional de apartamento, uma vez atendidos os demais requisitos do art. 183, da CF. Lei nº 4.591/64. Carência de ação afastada. Desconstituíram a sentença. Deram provimento<sup>347</sup>

Outra inovação da usucapião urbana é a *successio possessionis*. De acordo com o artigo 9º, parágrafo 3º, a posse é transmitida do antecessor para o herdeiro

---

<sup>347</sup> Apelação Cível Nº 70004559159, Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgado em 16/12/2003.

legítimo deste que estava residindo no imóvel. Em relação à usucapião individual, o Código Civil de 2002 regulou a matéria em seu artigo 1240. O novo Código trouxe, ainda, a possibilidade de ajuizamento conjunto de ações de usucapião, diminuindo, com isso, o custo da ação para os litigantes.

A usucapião coletiva, por sua vez, foi prevista no artigo 10 da Lei nº 10.257/2001:

As áreas urbanas com mais de 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Esse instituto tem grande relevância social, porque a posse coletiva é observada na maioria das ocupações da população pobre. Um dos principais requisitos é a impossibilidade de se individualizar cada lote. As favelas e assentamentos brasileiros ilustram bem esta situação. Os barracos encontram-se sobrepostos, ficando difícil identificar que área cabe a cada morador. Após a declaração da usucapião coletiva pelo juiz, a propriedade poderá ser dividida entre os moradores de duas maneiras: a primeira é determinar uma fração ideal idêntica a cada um, a segunda é atribuir frações diferenciadas da área a cada possuidor.

A usucapião coletiva rompe com a idéia individualista de propriedade do velho direito civil. Essa modalidade é um mecanismo que assegura a posse na reorganização urbanística. Assim, ela permite a urbanização de núcleos habitacionais de baixa renda. A usucapião coletiva deu à usucapião individual, que já existia no nosso ordenamento jurídico desde 1988, uma finalidade social mais abrangente.

O artigo 10 do estatuto determina que a área a ser usucapida deve possuir, no mínimo, 250m<sup>2</sup>, não fixando limite máximo para a propriedade. Os sujeitos ativos devem pertencer à população de baixa renda. Dessa forma, caberá ao juiz interpretar esse conceito jurídico-normativo, verificando, caso a caso, a legitimidade ativa.

A usucapião coletiva se aplica perfeitamente às habitações carentes. Nesses locais, muitas vezes, se acumulam mais de 100 barracos sem que haja uma delimitação precisa, que possibilite a descrição individual de cada área. Isso porque,

normalmente, não há recuos entre as moradias, não há regularidade nos terrenos nem demarcação de vias públicas internas. Esses possuidores de habitação precária também devem ter o direito de obter a declaração de propriedade. A noção de titularidade dá aos moradores uma segurança de que permanecerão morando no local, de forma que passam a zelar mais pela área que se tornou sua.

Outro instrumento da política urbana é a concessão de uso especial para fins de moradia. Essa concessão está prevista no artigo 183, parágrafo primeiro, da Constituição Federal. Ela tem a mesma finalidade da usucapião urbana – atender à função social da propriedade –, mas se aplica aos imóveis públicos; possibilita o uso sem, contudo, transferir a propriedade.

A concessão especial para fins de moradia já estava prevista no ordenamento jurídico brasileiro, desde 1967, através do Decreto-Lei nº 271. Ela também foi prevista no Estatuto da Cidade, na seção VI. Entretanto, suas disposições normativas (artigos 15º ao 20º) foram integralmente vetadas pelo presidente da República. Posteriormente, o próprio presidente, entendendo a importância do instituto, editou a Medida Provisória nº 2220 de 2001, que regulamentou o artigo 183, parágrafo 1º da Constituição, inserindo a matéria no ordenamento jurídico.

O instituto da concessão de uso especial conferiu ao ocupante de imóvel público o direito subjetivo ao bem objeto da sua posse. Os requisitos, para tanto, são praticamente os mesmos da usucapião urbana.

A concessão cria um direito de uso, averbado na matrícula no cartório de registro de imóveis, por parte do particular de um imóvel público que esteja situado na área urbana. Os direitos do concessionário serão transmitidos aos seus herdeiros. Contudo, esse direito não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez. O possuidor só não terá o seu direito reconhecido se a área ocupada tiver outra destinação de interesse da comunidade como, por exemplo, a construção de uma escola pública.

É importante ressaltar que a Medida Provisória 2220/01 previu uma solução para os casos de incompatibilidade entre o direito à moradia em áreas com valores ambientais. De acordo com essa disposição, se o direito à moradia da população que ocupa assentamentos informais em terras públicas não puder ser exercido no mesmo local em razão de valores ambientais, esse direito continua sendo protegido, mas será exercido em outro local. Vejamos o que dispõe a Medida Provisória:

Artigo 4º No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os artigos 1º e 2º em outro local.

Artigo 5º É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os artigos 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:

(...)

III- de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais.

(...)

Freqüentemente, as normas de direito ambiental têm sido um obstáculo a mais no instituto da concessão devido às diversas áreas de preservação permanente. Vanesca Prestes<sup>348</sup> ressalta a existência da proteção do artigo 225, parágrafo 5º, em relação às terras devolutas ou arrecadadas pelos estados, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Quanto à questão das terras devolutas, merece atenção o que dispõe a referida autora:

A concessão especial para fins de moradia pressupõe que as pessoas já estejam morando no local. Ou seja, a área no mínimo já está ocupada, portanto não guarda as características que a fizeram necessárias à proteção do ecossistema<sup>349</sup>.

Dessa forma, a concessão especial não será utilizada deliberadamente para oferecer moradia à população. Os espaços públicos necessários aos ecossistemas naturais, ou ainda a outros interesses públicos, devem ser preservados tanto quanto for possível. Entretanto, admite-se a concessão em situações já consolidadas, ou seja, a comunidade habita o local há muitos anos com o consentimento implícito do governo local, que nada faz para impedir essa ocupação. Portanto, a titularidade pública da propriedade não a exime do cumprimento da função social.

Assim, temos que a usucapião urbana e a concessão especial para fins de moradia devem ser concedidas pelo Poder Público com o intuito de tornar efetivo o direito de habitação da população de baixa renda.

Esses instrumentos só não deverão ser concedidos se a área ocupada tiver significativo valor ambiental, sendo protegida por determinação legal ou em razão das características físicas e geográficas da mesma.

---

<sup>348</sup> PRESTES, Vanesca. A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade: da constitucionalidade da Medida Provisória n. 2220 de 04 de setembro de 2001. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords. ). **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004

<sup>349</sup> Idem, p. 232

#### 4.5 CÓDIGO FLORESTAL

As florestas e as outras formas de vegetação encontradas no território brasileiro são bens do interesse de toda a coletividade. A importância das florestas, sejam públicas ou privadas, não se limita aos interesses de seu proprietário; sua função é bem mais ampla: das florestas dependem a fauna, a fertilidade do solo, as águas, etc. Paulo Afonso Leme machado escreve que “a destruição ou o perecimento das mesmas pode configurar um atentado à função social e ambiental da propriedade através de seu uso nocivo”<sup>350</sup>. Assim, as florestas receberam a tutela do ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição do Código Florestal, Lei nº 4771/65.

Essa lei se destacou pelo seu viés protetivo do meio ambiente e pela noção de uma espécie de função ambiental da propriedade. O legislador afirma serem as florestas e demais formas de vegetação bens de interesse comum a todos os brasileiros antes mesmo da promulgação da Constituição Federal. Paulo de Bessa Antunes<sup>351</sup> destaca que o interesse comum não pode ser confundido com domínio comum, portanto o domínio das florestas que serão protegidas pode ser público ou privado. A lei não trouxe expressamente o conceito de floresta, dando margem para algumas discussões doutrinárias.

O Código Florestal prevê, especialmente, duas categorias de áreas a serem protegidas: as Áreas de Preservação Permanente (APPs) e a Reserva Legal.

---

<sup>350</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.720

<sup>351</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2.ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998

As Áreas de Preservação Permanente são aquelas determinadas por lei (artigo 2º<sup>352</sup>) ou por ato discricionário do Poder Público (artigo 3º<sup>353</sup>). Essas áreas podem ser cobertas ou não por vegetação e têm como função a preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora, além da proteção do solo e do bem-estar das populações humanas<sup>354</sup>. Dada a sua importância ecológica, a lei determina a vocação ambiental dessas propriedades, independentemente da floresta permanecer no local ou já ter sido retirada. Ressaltamos que a própria área recebe proteção em razão da topografia ou do relevo, por exemplo, e não apenas a vegetação lá encontrada. Dessa forma, se não houver vegetação na região, o proprietário ou o Poder Público devem proceder ao (re)florestamento da área. Tratando-se de propriedade privada, esse florestamento pode ser feito pelo Poder Público sem a necessidade de desapropriação, já que o interesse é também do proprietário. Como afirma Júlio Cezar Lima Brandão,

---

<sup>352</sup> Art. 2º.: Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja: 1) de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2) de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) metros a 50 (cinquenta) metros de largura; 3) de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4) de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5) de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais e artificiais; c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º (quarenta e cinco graus), equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. Parágrafo único: No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

<sup>353</sup> Art. 3º.: Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas: a) a atenuar a erosão das terras; b) a fixar as dunas; c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) a assegurar condições de bem-estar público. Parágrafo 1º.: A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social. Parágrafo 2º.: As Florestas que integram o patrimônio indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.

Art. 3º - A: A exploração dos recursos florestais em terras indígenas somente poderá ser realizada pelas comunidades indígenas em regime de manejo florestal sustentável, para atender a sua subsistência, respeitados os arts. 2º e 3º deste Código.

<sup>354</sup> Conforme art. 1º, II da MP 2.166-67/2001.

ninguém arranca as árvores das nascentes, das margens dos rios, nas encostas das montanhas, ao longo das estradas, porque poderá vir a ficar sem água, sujeito a inundações, sem vias de comunicação, pelas barreiras e a outros males conhecidamente resultantes de tal insensatez<sup>355</sup>.

A supressão da vegetação nas áreas de preservação permanente só é autorizada nos casos de utilidade pública ou de interesse social, conforme artigo 4º do Código Florestal, e dependerá sempre da autorização do órgão ambiental competente. A supressão só será autorizada quando for comprovadamente impossível encontrar outras alternativas para o projeto em questão. Portanto, as áreas previstas nos artigos 2º e 3º do Código Florestal só são consideradas Áreas de Preservação Permanente quando ausente um interesse coletivo maior<sup>356</sup>.

Não foi prevista, na legislação federal, a averbação no Registro de Imóveis das Áreas de Preservação Permanente. O proprietário, via de regra, continua com o domínio da área sem nenhum gravame expresso no título de propriedade, ainda que tenha que se submeter a determinadas restrições no uso. Essas restrições somente serão passíveis de indenização se esvaziarem o conteúdo do direito de propriedade.

A Constituição brasileira tratou de assegurar, de forma abstrata, o direito de propriedade, deixando à legislação infraconstitucional a tarefa de definir o seu conteúdo final<sup>357</sup>. Entretanto, a ordem constitucional não outorgou poderes ao proprietário para se beneficiar de todas as formas de uso possíveis de determinado bem. O poder público pode delimitar o uso principalmente de acordo com o princípio da função sócio-ambiental da propriedade, como é o caso das limitações das áreas de preservação permanente.

---

<sup>355</sup> BRANDÃO, Júlio Cezar Lima Brandão. Aspectos Jurídicos das Florestas de Preservação Permanente e das Reservas Legais: proteção ambiental e propriedade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V., MILARÉ, Edis (coords.). **Revista de Direito Ambiental**. n. 22. Abr-jun. São Paulo, 2001, p.130/131

<sup>356</sup> Ibidem

<sup>357</sup> *"No plano infraconstitucional, a latitude do legislador é ampla, desde que não altere o conteúdo básico do direito de propriedade, inviabilizando o elemento primordial da previsão constitucional – o direito de exclusão; ou seja, a norma ordinária, como regra, não pode ir ao ponto de conferir aos outros sujeitos a possibilidade de interferir com o uso e gozo do domínio, pois, dessa maneira, estaria completamente descaracterizada a garantia inscrita pelo constituinte. Na perspectiva ambiental contemporânea - na esteira da aceitação da tese de que o domínio "não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava" -, é bom ressaltar que, entre os direitos associados a propriedade, não está o poder de transformar o estado natural da res ou de destruí-la. Nenhum proprietário tem direito ilimitado e inato de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha, carecendo para tal do concurso do Poder Público. Assim, p.ex., não integra o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, a seu querer, aterrjá-la, modificando seu estado natural e função ecológica."* BENJAMIM, Antônio Herman V. Desapropriação, Reserva Florestal Legal e Áreas de Preservação Permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. Advocacia Pública e Sociedade*, n. 3. São Paulo, 1998, p. 67.

Antônio Herman Benjamin<sup>358</sup> assevera que a propriedade possui limites internos e externos. Os primeiros são limites que antecedem o próprio direito, ou seja, os deveres daí decorrentes são componentes integrantes do direito de propriedade. São exemplos desses limites o direito de vizinhança e a função sócio-ambiental da propriedade. Os limites internos não são incumbência imposta sobre o direito de propriedade, mas, antes, são condicionadores *a priori* do próprio direito. Por isso, não há o que se falar em desapropriação, tampouco em dever de indenizar.

Por outro lado, os limites externos são posteriores ao direito de propriedade. Essas limitações ocorrem quando o proprietário, ainda que esteja exercendo plena e adequadamente seu direito, é surpreendido com uma imposição/necessidade da administração pública (por exemplo: o governo resolve construir uma estrada na propriedade ou instituir um Parque Nacional). Essas restrições quase sempre impõem o pagamento de indenização pela nova destinação da área.

Benjamin pontua, ainda, que a desapropriação propriamente dita só se torna necessária quando a interferência do Poder Público envolver a totalidade da propriedade ao:

a) anquiliar o direito de exclusão, dando ao espaço privado fins de uso comum do povo; b) eliminar, por inteiro, o direito de alienação; c) inviabilizar, integralmente, o uso econômico, ou seja, provocar a total interdição da atividade econômica do proprietário, na completa extensão daquilo que é seu. O domínio, então, passa ao Estado mediante justa e prévia indenização<sup>359</sup>.

As Áreas de Preservação Permanente – legais ou administrativas – para Antônio Herman Benjamin não geram o dever de indenizar, já que as restrições não ultrapassam os limites internos do direito de propriedade. O titular dessas áreas continua sendo o particular, que deverá resguardar os recursos naturais lá existentes para seu próprio benefício e no interesse das gerações futuras<sup>360</sup>.

Entretanto, Paulo Afonso Leme Machado tem opinião divergente sobre o assunto e considera que as Áreas de Preservação Permanente, quando instituídas por ato do Poder Público na forma do artigo 3º do Código Florestal, são indenizáveis.

---

<sup>358</sup> BENJAMIM, Antônio Herman V. *Op.cit.* 1998, p. 69

<sup>359</sup> Art. 5º, XXIV, CF – “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;” 1998, p. 73

<sup>360</sup> BENJAMIM, Antônio Herman V. *Op.cit.* 1998.

Entende que a criação da Floresta de Preservação Permanente acarreta um impedimento na utilização normal da propriedade e gera prejuízo para o proprietário na maior parte dos casos<sup>361</sup>.

Outra forma de proteção florestal prevista na Lei nº 4771/65 é a chamada Reserva Legal, disposta no artigo 1º, III. A Reserva Legal é a área localizada no interior de uma propriedade – que não é de preservação permanente – necessária à conservação dos processos ecológicos e da biodiversidade do local. A vegetação da reserva deverá ser preservada tanto em benefício do proprietário quanto em benefício de terceiros e das futuras gerações. Para garantir esses benefícios, o proprietário deve se abster de usar uma parcela da sua propriedade.

Para garantir a permanência na preservação da área de reserva, determina o artigo 16, parágrafo 8º do Código Florestal sobre a necessidade de averbação da Reserva Legal na matrícula do imóvel. Através desse dispositivo, a propriedade pode ser transmitida – por alienação, usucapião, direito hereditário, etc. –, mas não muda a destinação da área. Em caso de deflorestamento ou supressão da Reserva Legal, o proprietário tem a obrigação de recompor a área ou de compensar a reserva por outra área. Essa obrigação é *proptem rem*, ou seja, é imposta ao titular do direito real, seja ele quem for, independentemente de ter contribuído para a degradação daquela vegetação.

---

<sup>361</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op.cit.* 2006. Nesse sentido, posiciona-se também Júlio Cezar Lima Brandão: “...não há que falar em indenização quando o Poder Público intervém na propriedade privada regradando a sua utilização para adequá-la ao cumprimento de sua função social, especialmente para preservar o meio ambiente, posto que sua ação ocorre para dar cumprimento às determinações constitucionais que impõem à propriedade o cumprimento de sua função social, bem como para impor o conteúdo e os limites estabelecidos pela legislação ordinária.(...)Por outro lado, as florestas e demais formas de vegetação de preservação permanente por ato declaratório do Poder Público, não possuem o caráter da generalidade. Incidem sobre determinada e específica propriedade, impedindo a sua normal utilização, rendendo ensejo a indenização. Duarte Pereira assevera que ‘nestes casos, em que a limitação ao livre gozo da propriedade não for medida de caráter geral por circunstâncias de natureza, ou melhor, em que haja apenas o sacrifício de um ou de alguns, privados da melhor posse que constitua o direito persistente e suprimido apenas pelo ato do Poder Público, este deve desapropriar ou indenizar os direitos sacrificados’ (...)”. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima Brandão. *Op.cit.*, 2001, p. 146).

#### 4.5.1 Código Florestal e as Áreas Urbanas

Ainda em relação ao Código Florestal, importa-nos trazer à tona a discussão acerca da (in)aplicabilidade de seus dispositivos em áreas urbanas. Na ocupação das cidades brasileiras, a população acabou se estabelecendo em diversos locais listados no Código Florestal como sendo áreas de preservação permanente – morros, encostas, beiras de rios e lagoas. Ocorre que a Lei nº 4771/65 estabelece critérios bastante rígidos de preservação de espaços ambientalmente valiosos; resta-nos saber se esses critérios devem ser também aplicados a zonas urbanas, paralelamente à disciplina urbanística de uso e parcelamento do solo. É oportuno para a questão procedermos à análise do parágrafo único do artigo 2º do Código Florestal<sup>362</sup>:

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

A doutrina diverge a respeito da aplicação do Código Florestal em áreas urbanas, mormente em face da ambigüidade ocasionada pela expressão final do dispositivo acima referido: “*respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo*”. A questão que se coloca é de que forma esses limites da lei serão utilizados na ordem urbanística, ou seja, poderia o município, utilizando sua competência legislativa (artigo 30, inciso I, CF), estabelecer padrões menos restritivos do que a lei federal?

Ana Lúcia Moreira Borges e Ronald Victor Romero Magri<sup>363</sup> entendem que a legislação municipal pode reduzir os critérios fixados no Código Florestal, pois as exigências do artigo 2º devem ser entendidas como limites máximos a serem considerados pelos municípios e respectivos planos diretores. Se as exigências do

---

<sup>362</sup> Esse parágrafo foi incluído no Código Florestal pela Lei 7803/89. Esta lei também revogou a alínea “i” do artigo 2º do Código, a qual incluía as áreas metropolitanas como áreas de preservação permanente.

<sup>363</sup> MAGRI, Ronald Victor Romero; BORGES, Ana Lucia Moreira. Vegetação de Preservação Permanente e Área Urbana: uma interpretação do parágrafo único do art. 2º do Código Florestal. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MILARÉ, Edis (coords.). **Revista de Direito Ambiental**. n. 2 .Abr-jun.São Paulo, 1996

artigo 2º fossem aplicadas a regiões urbanas, às leis urbanísticas caberia, tão somente, repetir os critérios do Código Florestal ou, ainda, majorá-los, o que acarretaria padrões mais rigorosos para a propriedade urbana do que para o espaço rural.

Os autores apontam as visíveis diferenças entre as zonas urbana e rural, de forma que a inviolabilidade assegurada às áreas rurais se torna inviável na realidade urbana das cidades. A cidade é vista como meio ambiente cultural ou artificial – onde os elementos naturais são vistos mais como dados da paisagem do que como instrumentos de proteção das águas e do solo –, não possuindo o mesmo *status* do meio ambiente natural. Segundo Borges e Magri:

o Código Florestal contempla, como premissa maior, o dado ambiental natural, em sua dimensão florística, e apenas como premissa menor a atuação cultural do homem sobre o meio ambiente<sup>364</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento de Roberta Casali Bahia Damis e Taís de Souza Andrade:

Diante do crescimento populacional, da exigüidade de áreas edificáveis e das construções informais, como proibir a supressão da vegetação existente em, no mínimo, 30m da faixa marginal de pequenos córregos que cortam os grandes centros urbanos? Como conter a edificação de casas e prédios em áreas vegetadas com declividade superior a 45º? Tanto é desarrazoado aplicar as restrições das APPs nas áreas urbanas quanto é inconcebível a destruição de ruas, avenidas e bairros inteiros que teriam sido construídos em desrespeito ao Código porque situados em áreas antes vegetadas como ao longo de córregos existentes nos centros urbanos; se apresenta também absurda a responsabilização criminal de moradores de residências e estabelecimentos comerciais construídos em tais locais ou, ainda, da população carente que costuma ocupar justamente os morros ou entorno de rios ou lagoas<sup>365</sup>.

Contudo, essa corrente doutrinária entende que, ainda que seja afastada a aplicação exata do Código Florestal, não significa que a vegetação dos centros urbanos não deva receber tutela jurídica protetiva. A preservação de áreas verdes e de espaços ambientalmente relevantes deve ocorrer através das diretrizes e legislações urbanísticas, como o Plano Diretor, o Estatuto da Cidade e a Lei de

---

<sup>364</sup> MAGRI, Ronald Victor Romero; BORGES, Ana Lucia Moreira. *Op.cit.* 1996, p. 72

<sup>365</sup> DAMIS, Roberta Casali Bahia; ANDRADE, Taís de Souza. A inaplicabilidade do Código Florestal em área urbana. **Jus Navigandi**, Teresina, n.1134, 9 ago. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8762>. Acesso em 09 ago 2006, p. 09

Parcelamento do Solo. A competência da União para legislar sobre matéria ambiental não deve afastar a competência municipal para regular a ordem urbanística das cidades.

Vale lembrar que a própria lei de parcelamento do solo, Lei nº 6766/79 (alterada pela Lei nº 9785/99), tratou de preservar os recursos naturais, estabelecendo limites<sup>366</sup>. O artigo 4º da Lei de Parcelamento do Solo traz igualmente alguns requisitos de caráter urbano e ambiental para os loteamentos, tais como a obrigatoriedade de áreas destinadas a sistemas de circulação e a fixação de áreas *non edificandi* numa faixa de 15 metros de cada lado das águas correntes e das rodovias<sup>367</sup>.

Em sentido diametralmente oposto, alguns doutrinadores entendem que os limites estabelecidos pelo Código Florestal se aplicam às áreas urbanas, não podendo ser reduzidos pela regulamentação municipal. Assim se posiciona Paulo Affonso Leme Machado:

A matéria não é destituída de dificuldades, dada a interpenetração dos interesses estadual e municipal. Suponha-se que ao pretender construir uma via pública, o Município interfira numa área de preservação permanente (por exemplo, a área vocacionada para ter vegetação nas margens dos cursos d'água – art. 2º do Código Florestal). Evidentemente, não se aplica somente a legislação municipal para a localização e construção dessa via pública. O mesmo se pode dizer da localização, construção e alteração das praças, mormente se houver árvores declaradas imunes de corte ou apontadas como ameaçadas de extinção<sup>368</sup>.

Daniel Roberto Fink e Márcio Silva Pereira defendem que o Código Florestal se aplica a zonas rurais e urbanas, exatamente porque não foi feita nenhuma

---

<sup>366</sup> Art. 3º, Parágrafo Único: Não será permitido o parcelamento do solo:

I- em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II- em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III- em terreno com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV- em terrenos onde as condições geológicas não aconselhem a edificação;

V- em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

<sup>367</sup> Registra-se apenas, como fez Fink e Pereira (1996) que o inciso III deste mesmo artigo utiliza a expressão “*salvo maiores exigências da legislação específica*”, expressão esta que parece se referir à legislação federal ou estadual específica, ou seja, a legislação ambiental, denotando, salvo melhor juízo, uma espécie de subordinação da legislação urbanística àquela.

<sup>368</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op.cit.* 2006, p. 387

distinção sobre o âmbito de sua aplicação no artigo 1º da Lei nº 4771/65<sup>369</sup>. O parágrafo único do artigo 2º não trouxe uma exceção, mas sim uma advertência, pois determina que as áreas urbanas devem obedecer tanto a legislação urbanística quanto o Código Florestal. Portanto, os planos diretores e as leis de uso e ocupação do solo devem apenas complementar a legislação federal ou estadual no que tange a preservação ambiental. Os autores ressaltam que encontramos os mesmos elementos nas áreas urbanas e rurais.

Fink e Pereira referem que, se a Lei nº 6766/79 determina que a faixa *non edificandi* ao longo de águas correntes é de quinze metros e, por outro lado, a Lei nº 4771/65 (após modificação inserida pela Lei nº 7511/86) dispõe que a faixa mínima marginal a ser preservada é de trinta metros, o conflito de normas deve ser resolvido utilizando-se o critério de interpretação da lei no tempo, segundo o qual “lei posterior revoga lei anterior”. Logo, aplicam-se as exigências inseridas no Código Florestal pela lei referida, já que esse é mais recente (considerando-se a alteração ocorrida em 1986).

Para além da solução do conflito pelos critérios de interpretação sistemática das leis, entendemos que a aplicação do Código Florestal em áreas urbanas se sustenta principalmente pelo princípio aqui já referido da proibição de retrocesso. A preservação dos elementos naturais urbanos já alcançou um patamar de proteção razoável – e que foi aumentando com o tempo –, sendo impossível pensar em retorno ao *status quo ante*. Dessa forma, a legislação urbanística está impedida de retroceder em relação a esses padrões mínimos.

Apenas utilizando o exemplo do conflito de normas relativo à faixa marginal exigida ao longo dos cursos d’água, acima referido, percebemos que houve um gradual aumento dessas exigências. Inicialmente, com o advento do Código Florestal em 1965, a área de preservação ambiental para proteção das águas era de apenas cinco metros. Após, com a Lei nº 6766/79, a área protegida passou a ser, em áreas urbanas, de quinze metros. Por fim, a Lei nº 7511/86 alterou o Código Florestal, aumentando a área de preservação para trinta metros.

Esse aumento espacial das áreas de preservação permanente reflete, de certa forma, a trajetória histórica de proteção de todos os microbens ambientais (e

---

<sup>369</sup> FINK, Daniel Roberto; PEREIRA, Márcio Silva. Vegetação de Preservação Permanente e Meio Ambiente Urbano. In: BENJAMIN, Antônio Herman V., MILARÉ, Edis (coords.). **Revista de Direito Ambiental**. n. 2 .Abr-jun.São Paulo, 1996

não apenas os cursos d'água), os quais passaram da absoluta desregulamentação a um âmbito cada vez mais concreto de salvaguarda jurídica. Assim, em atenção ao princípio de proibição de retrocesso ambiental, entendemos que, uma vez que houve um alargamento dos parâmetros ambientais anteriormente fixados (tornando-os mais restritos), criou-se uma expectativa de permanência e de segurança no que se refere à preservação do ambiente nesses locais. Qualquer medida regressiva em prejuízo do ambiente deve ser coibida, por isso, o poder público está limitado em sua atuação, não podendo retroceder no rigor das normas ambientais.

O judiciário, e não apenas o legislador infraconstitucional, deve aplicar a lei ao caso concreto à luz do princípio da proibição de retrocesso dos direitos fundamentais. Na questão em comento, se o magistrado entender por afastar a aplicação do Código Florestal em área urbana, estará reduzindo o nível de proteção do direito fundamental ao meio ambiente e, com isso, colocando em risco o equilíbrio ambiental e a saúde humana. A proteção do ambiente é consagrada na constituição federal; portanto, qualquer flexibilidade nos parâmetros protetivos deve ser vista com cautela, de forma a não violar o núcleo essencial do direito fundamental. Concluimos a questão com os dizeres de Tiago Fensterseifer<sup>370</sup>:

Por fim, registra-se que, não obstante o seu desenvolvimento ainda embrionário na doutrina brasileira, o princípio constitucional da proibição de retrocesso ambiental guarda importância ímpar na edificação do Estado Sócio-Ambiental de Direito, pois busca estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental, para além do qual as futuras medidas normativas de tutela devem rumar e ampliar-se, contemplando sempre um nível cada vez mais amplo de qualidade ambiental e salvaguarda da dignidade humana, sem deixar de lado a nossa responsabilidade para com as gerações humanas vindouras. À luz de tal perspectiva de progresso da humanidade e melhora da qualidade de vida, HÄBERLE destaca que, em termos de dogmática constitucional, na planificação dos modelos de Estado de Direito, há uma “garantia cultural de *status quo*” (ou *princípio de irrenunciabilidade do passado*) com determinados conteúdos irrenunciáveis para o Estado Constitucional, ou seja, conquistas levadas a cabo ao longo da caminhada histórica da humanidade e depositadas no seu patrimônio jurídico-político fundamental não podem sofrer um retrocesso, fragilizando a tutela especialmente da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, mas objetivar a continuidade do projeto da modernidade de elevar cada vez mais o “espírito humano”. A formulação de HÄBERLE ajusta-se como uma luva à idéia que subjaz ao princípio de *proibição de retrocesso ambiental*, tendo em vista sempre uma salvaguarda mais ampla e qualificada da dignidade humana no horizonte futuro da humanidade.

---

<sup>370</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. *Op.cit.* 2007

Portanto, em razão do princípio da proibição de retrocesso, os juristas devem interpretar a lei de forma a assegurar os direitos já integrados ao patrimônio jurídico, o que significa dizer, nesse caso, que é perfeitamente cabível a aplicação do Código Florestal e suas respectivas exigências nas áreas urbanas.

#### 4.6 SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

As unidades de conservação foram inseridas no sistema jurídico de forma sistemática a partir da edição da Lei nº 9985/2000. Até o advento dessa lei, os recursos naturais eram protegidos por leis esparsas<sup>371</sup>. O sistema nacional de unidades de conservação traz determinação específica, restando derrogadas as disposições anteriores sobre o assunto. Com o sistema, ocorre um reconhecimento da importância desses espaços para a conservação da biodiversidade e para o desenvolvimento sustentável<sup>372</sup>.

Conforme conceitua a lei em seu artigo 2º, as unidades de conservação são

espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

As unidades se dividem em dois grandes grupos em razão das suas características: unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável<sup>373</sup>. As unidades de proteção integral, como a estação ecológica e o Parque Nacional, não são compatíveis com a presença humana, a não ser em casos de visitação e,

---

<sup>371</sup> Apenas para citar alguns exemplos: Código Florestal ( Lei 4771/65), Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81), Lei de proteção à fauna (5197/67).

<sup>372</sup> GUATURA, Inah Simonetti Guatura. Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC – Lei 9985, de 19/07/00. *In* CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, Anais 05-09 nov 2000. Campo Grande. v. I.p.26/35

<sup>373</sup> As unidades de proteção integral se subdividem em 5 categorias: Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio de Vida Silvestre. As unidades de uso sustentável possuem 7 categorias: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural. Para a finalidade deste trabalho, não iremos nos deter às características específicas de cada categoria de unidades de conservação, nos limitaremos a fazer um estudo mais genérico.

geralmente, para fins educacionais, tudo conforme o plano de manejo da área. Já as unidades de uso sustentável, via de regra, permitem a presença humana, mas com finalidades especificadas na Lei nº 9985/2000.

Nos limites desta pesquisa, não iremos discorrer sobre todas as disposições da lei do SNUC. Daremos maior atenção às principais inovações da lei e aos conflitos dela decorrentes, especialmente aqueles que podem conduzir às conclusões deste trabalho.

A Lei nº 9985/2000 previu a participação da sociedade civil na formação e na gestão das áreas protegidas. O artigo 22 da lei determina a participação da comunidade local através de consulta pública previamente à criação de uma nova unidade de conservação. O poder público tem o dever de fornecer à população informações adequadas e transparentes, que possibilitem uma participação efetiva nas consultas<sup>374</sup>.

Inah Simonetti Guatura<sup>375</sup> destaca que a Lei do SNUC teve como uma de suas diretrizes a preocupação com as populações tradicionais. No caso de decretação da unidade de conservação em áreas anteriormente ocupadas, devem ser garantidos meios de subsistência alternativos ou, até mesmo, indenização pelos recursos perdidos.

Em algumas unidades de conservação, onde não é permitida a permanência humana em razão da proteção integral, deverá o Poder Público realocar a comunidade e indenizá-la pelas benfeitorias (artigo 42). Isso é claro em casos de ocupações anteriores à criação da unidade, a indenização não engloba as invasões supervenientes. De outra banda, quando se tratar de unidades de conservação que permitam a habitação das populações tradicionais (como é o caso da Reserva Extrativista e da Reserva de Desenvolvimento Sustentável), a posse e o uso da área serão regulados por contrato junto ao Poder Público, condicionando a utilização à preservação do valor ambiental.

Devemos pontuar, com maior ênfase, os conflitos decorrentes da criação das áreas de proteção previstas na Lei nº 9985/2000. As unidades de conservação urbanas têm sido, com grande frequência, palco de intensa colisão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Marc

---

<sup>374</sup> GUATURA, Inah Simonetti Guatura. *Op.cit.* 2000.

<sup>375</sup> *Ibidem*

Dourojeanni<sup>376</sup> assevera que a criação de uma unidade de conservação sempre afeta interesses diversos, seja dos proprietários, seja das populações pobres que ocupam a área<sup>377</sup>.

Consignamos o entendimento de que os conflitos nas unidades de conservação não estão limitados à população pobre, mas não adentraremos a esfera da agressão por parte das comunidades economicamente favorecidas sob pena de desviarmos do tema. Isto porque as ocupações dos ricos em unidades de conservação, no nosso sentir, não expressam o conflito entre o direito à moradia e ao meio ambiente (objeto do estudo). Normalmente, o interesse na área ambientalmente protegida foge à esfera da necessidade humana de moradia, eis que estes indivíduos, em regra, possuem outras opções para exercer tal direito. No caso das ocupações das unidades de conservação pelos mais favorecidos, o conflito envolve outros interesses bem menos solidários, eminentemente direitos individuais de primeira geração.

Os conflitos de que cuidaremos se referem à constante tensão presente nas unidades de conservação entre os defensores do meio ambiente e os defensores da sociedade. Os ambientalistas insistem que as unidades são indispensáveis para a conservação da natureza e, essencialmente, da biodiversidade lá encontrada. Nessa linha, a ocupação das unidades por populações – sejam tradicionais ou não – é incompatível com a proteção do meio ambiente. A história tem mostrado, conforme afirma Dourojeanni<sup>378</sup> que o desenvolvimento econômico e social é inverso à proteção ambiental. O autor coloca o conceito de desenvolvimento sustentável como uma idéia idealizada que tem se mostrado, na prática, de aplicação extremamente complexa. Portanto, a idéia de desenvolvimento sustentável, inaugurada no Relatório Brutland, em que pese sua relevância, não surgiu para ser aplicada no interior de uma unidade de conservação de proteção integral.

---

<sup>376</sup> DOUROJEANNI, Marc J. Conflictos Sócio-Ambientales en Unidades de Conservación de América Latina. In CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, Anais, 05-09 nov 2000. Campo Grande. v. I.p.36/56

<sup>377</sup> Destacamos, juntamente com Dourojeanni (2000), uma forma de conflito que nos interessará particularmente para a discussão do caso concreto ao final apresentado: a invasão das unidades de conservação por grupos que reclamam direitos ancestrais sobre a terra, como é o caso dos índios Pataxó no Parque Nacional Monte Pascual e dos índios Kaingangues no Parque Natural Morro do Osso. A questão é bem peculiar, haja vista que não se trata de populações tradicionais que já se encontravam na área quando esta foi transformada em unidade de conservação. Os índios ocupam a unidade posteriormente, sob a alegação de que a área foi anteriormente ocupada por seus ancestrais e, portanto, deve ser sua por direito.

<sup>378</sup> DOUROJEANNI, Marc J. *Op.cit.* 2000.

Por outro lado, muitos são os argumentos em prol da questão social. Antonio Carlos Sant'Ana Diegues<sup>379</sup> lembra que o estabelecimento de áreas integralmente protegidas para a conservação da biodiversidade é um objetivo bastante recente, já que os primeiros parques foram criados primordialmente com a finalidade de turismo e recreação para as populações urbanas. Diegues entende que o uso das áreas pelas populações tradicionais<sup>380</sup> é compatível com a preservação da natureza, sendo, em alguns casos, até mesmo favorável para a biodiversidade. Algumas pesquisas mostram que a diversidade biológica nas florestas tropicais está relacionada com as práticas de agricultura itinerantes dos povos primitivos – a afetação da natureza é semelhante à produzida pela destruição ocasional da floresta por causas naturais<sup>381</sup>. De acordo com o autor, os sistemas tradicionais de manejo dessas populações contribuem para a manutenção da natureza.

Diegues<sup>382</sup> assume posição crítica em relação às unidades de conservação de uso restritivo, aduzindo que se trata de uma retomada do “mito de paraísos naturais intocados, à semelhança do Éden de onde foram expulsos Adão e Eva”. Conforme Diegues, os homens interferiram, em maior ou menor escala, em quase todos os ecossistemas terrestres, restando, hoje, quase nada de natureza intocada. Conclui o autor, insistindo que devemos abandonar a idéia de áreas completamente virgens e intocadas e pensar na criação de áreas protegidas compatíveis com a presença das populações tradicionais<sup>383</sup>.

---

<sup>379</sup> DIEGUES, Antonio Carlos Sant'Ana. **O Mito Moderno da Natureza Intocada**. São Paulo: NUPAUB – Universidade de São Paulo, 1994

<sup>380</sup> Entendemos por populações tradicionais não apenas as comunidades indígenas, mas também os seringueiros, os ribeirinhos, os caiçaras, etc. (DIEGUES, Antonio Carlos Sant'Ana. *Op.cit.* 1994, p.139).

<sup>381</sup> Idem, p.138

<sup>382</sup> Idem, p. 143

<sup>383</sup> Reportamo-nos às palavras de Diegues (DIEGUES, Antonio Carlos Sant'Ana. *Op.cit.* 1994, p.144/145): “No Brasil, a nível da administração federal e de algumas organizações não-governamentais, a questão da presença de populações tradicionais moradoras em parques nacionais e unidades de conservação semelhantes tem sido tratada dentro de uma visão conservadora, ainda influenciada por percepções urbanas do que significa o mundo natural e a natureza selvagem. Fala-se em interferência humana negativa sobre as áreas naturais protegidas sem se fazer distinção entre os interesses econômicos externos às áreas e às atividades daquelas populações em grande parte responsáveis pela manutenção da diversidade biológica. Como foi mostrado no decorrer do texto, muitas das idéias preservacionistas sobre mundo natural se baseiam em concepções de uma natureza intocada e não-domesticada, na noção de equilíbrio dos ecossistemas, dificilmente encontráveis mesma nas florestas tropicais. A nosso ver deve-se rejeitar tanto a visão utilitarista da conservação, pela qual qualquer impacto das atividades humanas pode ser revertido pela tecnologia moderna, quanto a visão estritamente preservacionista baseada no pressuposto que, colocando-se de lado áreas naturais para conservação, automaticamente se garantirá a integridade biológica. Em países subdesenvolvidos, a conservação poderá ser melhor conseguida com a real integração e participação das populações tradicionais que, como afirmado anteriormente, em grande parte foram responsáveis pela diversidade biológica que hoje se pretende resguardar.”

Concluimos adotando a posição intermediária, também referida por Marc J. Dourojeanni<sup>384</sup>. Existem divergências conceituais entre os ambientalistas e os sociólogos, mas, em comum, ambas as doutrinas buscam o bem estar da sociedade e a garantia do futuro, ainda que com a adoção de estratégias diferentes. Seria o caso, pois, de se encontrar uma alternativa razoável para os dois valores. Do nosso ponto de vista, não há o que se falar em extinção das unidades de conservação de proteção integral em razão da sua notável relevância para a qualidade de vida das gerações presentes e futuras. Entendemos igualmente que o problema social da habitação das populações tradicionais deve ser abordado com o devido respeito, decidindo-se caso a caso a permanência ou realocação dessas comunidades. Aqui, retornamos ao problema nuclear desta pesquisa, ou seja, a ponderação de valores que se opõem diante de uma circunstância concreta, mas que, em tese, não são interesses contraditórios, podendo até mesmo ser complementares. Não anteciparemos nenhuma conclusão; aliar-se exclusivamente a qualquer uma das doutrinas referidas (ambientalista ou socialista) seria, no mínimo, precipitado.

No último capítulo, apresentamos um caso real de ocupação de população tradicional em unidade de conservação para que possamos falar, finalmente, em soluções concretas, o que se fará sempre com a ressalva de que não chegaremos a uma solução única.

---

<sup>384</sup> DOUROJEANNI, Marc J. *Op.cit.* 2000.

## 5 O CONFLITO ENTRE O DIREITO À MORADIA E O DIREITO AMBIENTAL NO ESPAÇO URBANO – ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

O estudo teórico realizado ao longo da pesquisa nos permite um olhar crítico e aprofundado sobre as situações de conflitos entre direitos fundamentais. Partindo das posições doutrinárias e da legislação apresentadas, se mostra oportuno, já na parte final desta pesquisa, aplicá-las aos dois direitos fundamentais estudados. A proposta é demonstrar a pertinência e a atualidade da discussão proposta, utilizando-se, por opção didática, da análise de casos concretos.

Assim, buscando reduzir o enorme leque de possibilidades práticas, apresentamos uma situação concreta que, a nosso ver, possibilita o estabelecimento de uma relação de prevalência ora de um, ora de outro direito fundamental: a ocupação pelos índios da tribo Kaingang da unidade de conservação Parque Natural Morro do Osso.

Como já referimos, muitos são os motivos que levam à ocupação de áreas de valor ambiental pela população de baixa renda com a finalidade de moradia. Para além das causas, pretendemos, por ora, analisar de que forma a problemática do conflito entre esses bens jurídicos se apresenta.

As ocupações irregulares localizadas em áreas de proteção ambiental variam em relação ao tempo de ocupação, ao nível de danos causados ao meio ambiente, entre outros aspectos. Entendemos, em consonância com a posição de Canotilho<sup>385</sup>, que as circunstâncias devem ser avaliadas caso a caso para se determinar qual o direito que deve prevalecer.

A ocupação do Parque Morro do Osso foi escolhida pelos seguintes motivos<sup>386</sup>:

---

<sup>385</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*2000.

<sup>386</sup> Não tendo a pretensão de esgotar todos os desdobramentos do caso, esclarecemos que o problema concreto trazido à baila, assume posição apenas auxiliar, enquanto meio para melhor visualização do que nos propomos a analisar teoricamente nesta dissertação. Portanto, explicamos, desde já, que não se realizou uma pesquisa de campo aprofundada. Por clareza metodológica, esclarecemos que os dados aqui referidos foram obtidos pelos seguintes meios: a) entrevista realizada com o representante dos índios, o vice-cacique, índio Miro; b) entrevistas realizadas com a representante da Prefeitura, a bióloga administradora do parque Maria Carmem Sestren-Bastos; c) duas visitas à unidade de conservação Parque Natural Morro do Osso; d) consulta ao relatório redigido por técnicos da Secretaria de Meio Ambiente para instruir o processo que tramita na Justiça Federal (SESTREN-BASTOS, Maria Carmen (coord.). **Plano de Manejo Resumido do Parque Natural Morro do Osso**. Porto Alegre: Secretaria Municipal do Meio Ambiente, 2006a); e) consulta ao plano de manejo do Parque (SESTREN-BASTOS, Maria Carmen (coord.). *Op.cit.* 2006a); f) fotos cedidas pela Administração do Parque; e g) consulta às informações publicadas no site da Prefeitura de Porto Alegre ([www2.portoalegre.rs.gov.br/smam](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smam)).

- o Parque Natural Morro do Osso é uma unidade de conservação localizada em área urbana;
- a ocupação da área é recente (cerca de três anos), por isso o local ainda conserva as características que o fixaram como unidade de conservação, sendo possível observar os primeiros sinais da interferência humana;
- o Parque foi ocupado pelos índios com a finalidade primordial de habitação, estando presente o aspecto social;
- a habitação é típica da população de baixa renda nas cidades, portanto, ilegal e precária (sem infra-estrutura urbana);e
- o caso ainda não teve solução jurídica, o que confere um nível de neutralidade à discussão.

O Parque Natural Morro do Osso (doravante denominado PNMO) foi criado pelo Município de Porto Alegre, através da lei complementar 334 de 27 de dezembro de 1994. Inicialmente, tratava-se de uma área de 114 hectares de extensão localizada na zona sul de Porto Alegre, próximo ao Guaíba, tendo sido posteriormente ampliada para 127 hectares em 1999, conforme determinação do Plano Diretor de Diretrizes Urbano Ambiental de Porto Alegre<sup>387</sup>. O Morro do Osso foi classificado como uma Unidade de Conservação de Proteção Integral – categoria Parque, conforme a Lei Federal 9985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC). Portanto, o uso da área só pode ocorrer de maneira indireta<sup>388</sup>.

A criação do PNMO<sup>389</sup> foi, em grande parte, motivada pela pressão de ambientalistas e da população residente no entorno – bairros Tristeza, Ipanema, Camaquã e Cavalhada. Estas pessoas, sensíveis à importância ambiental da área,

---

<sup>387</sup> SESTREN-BASTOS, Maria Carmen (coord.). *Op.cit.* 2006a, p. 10 e 11

<sup>388</sup> Conforme art. 11 da Lei 9985/2000: **Art. 11.** *O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. § 1o O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei. § 2o A visitação pública está sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração, e àquelas previstas em regulamento. (...)*

<sup>389</sup> Ver, em anexo, fotos da unidade de conservação Parque Natural Morro do Osso e da ocupação indígena. As fotos foram tiradas pela administradora do Parque Morro do Osso para instruir o processo ajuizado pela Prefeitura de Porto Alegre junto à justiça federal.

realizaram manifestos e atos público com o intuito de chamar a atenção para a utilização indevida do local, que inicialmente era utilizado para exploração de pedreiras (década de 80), passando mais tarde a ser ameaçado pelo mercado imobiliário em razão da urbanização intensiva da região sul de Porto Alegre<sup>390</sup>.

Em 09 de abril de 2004, índios da tribo Kaingang chegaram ao local a bordo de carros e ônibus e invadiram o parque com a intenção de lá se estabelecerem. Reivindicavam o direito de habitar e usufruir das terras em razão da carência material e da suposta existência no passado de um cemitério indígena no local, bem como devido às condições espirituais “favoráveis” lá encontradas<sup>391</sup>. A partir de então a tribo passou a ocupar parte da área para moradia – lá residem aproximadamente 25 famílias – e para extração de matéria-prima para confecção de artesanato (cipós e sementes). Devido à permanência contínua no local, foi montada uma precária estrutura de moradia: a luz elétrica foi obtida através de instalação informal, os chamados “gatos”, não há rede de esgoto nem saneamento no local, a coleta de lixo e o fornecimento de água foram providenciados pela Prefeitura. O Ministério Público, com o intuito de mitigar a degradação, determinou que fossem colocados, no local, banheiros químicos, visto que os índios estavam utilizando o próprio parque para depositar suas necessidades fisiológicas, deixando-as a céu aberto<sup>392</sup>.

Do ponto de vista ambiental, a unidade de conservação não poderia comportar a habitação humana, pois se trata de unidade de conservação de proteção integral, sendo permitido apenas o uso indireto (art. 2º, inciso VI da Lei 9985/2000). O Parque Natural possui grande diversidade biológica em seu ecossistema, onde estão presentes remanescentes da Mata Atlântica. Muitas espécies de fauna e flora são encontradas na unidade, sendo algumas espécies

---

<sup>390</sup> SESTREN-BASTOS, Maria Carmen (coord.). *Op.cit.* 2006a, p. 10

<sup>391</sup> Os dados da ocupação foram fornecidos pelo vice-cacique da tribo Kaingang ocupante do PNMO. Na entrevista, foi informado que a pagé da tribo (líder espiritual) havia percebido a força espiritual da unidade de conservação quando lá esteve antes mesmo da ocupação, especialmente num ponto do Parque denominado “Dedo de Deus”.

<sup>392</sup> Conforme informação obtida na entrevista da bióloga administradora do Parque Maria Carmem Sestren-Bastos.

raras, algumas destas se encontrando em extinção. Após a ocupação indígena, alterações na fauna e na flora já foram verificadas *in loco*<sup>393</sup>.

Por outro lado, a comunidade indígena que ocupou o Parque Morro do Osso não possui outro local para moradia, necessitando da terra para sua habitação e sobrevivência<sup>394</sup>. Conforme relata o vice-cacique da tribo Kaingang, aquela comunidade é oriunda do bairro/favela Lomba do Pinheiro, mas hoje está desprovida de um local adequado para morar. De acordo com o vice-cacique, a comunidade depende igualmente dos frutos do PNMO, já que sua sobrevivência provém essencialmente da venda, no Brique da Redenção, do artesanato produzido com as sementes e cipós de lá extraídos.

Em 12 de maio de 2004, a tribo indígena Kaingang ajuizou demanda na Justiça Federal contra o Município de Porto Alegre, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI e a União Federal pleiteando o reconhecimento e a demarcação do Parque Morro do Osso como terra tradicionalmente ocupada pelos índios<sup>395</sup>. O Município de Porto Alegre, por sua vez, ajuizou em 12 de julho de 2005 interdito proibitório contra a comunidade indígena buscando a reintegração na posse da unidade de conservação<sup>396</sup>. Os dois processos tramitam na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual da circunscrição judiciária de Porto Alegre e se encontram ainda na primeira instância.

Conforme o relato, vemos que se trata de um real conflito entre o direito fundamental à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da

---

<sup>393</sup> De acordo com o “Relatório da Situação do Parque em Relação à Presença Indígena” elaborado por biólogos e veterinários em 30 de janeiro de 2006 para instruir o processo judicial sobre a reintegração da Prefeitura na posse da unidade de conservação (interdito proibitório), a presença humana no local altera significativamente a harmonia e o equilíbrio do ecossistema. A veterinária destaca que o impacto da presença humana gera, invariavelmente, um desequilíbrio na cadeia alimentar. Na avaliação da veterinária Semírames Soave, com a alteração ambiental provocada, a tendência é faltar alimentos para algumas espécies de animais, favorecendo o aumento de determinadas comunidades e o declínio de outras. Na fauna, já se verifica o desequilíbrio: ouriços e gambás são atropelados nas ruas do entorno e os bugios, por sua vez, são encontrados com queimaduras e mutilações, já que, em vista da perda do referencial, acabam se agarrando em fios de alta tensão. (SESTREN-BASTOS, Maria Carmen (coord.). *Op.cit.* 2006a).

<sup>394</sup> Tivemos o cuidado de escolher um caso envolvendo a população de baixa renda (que não detém o domínio da área), porquanto a problemática deve ficar restrita ao conflito entre moradia e meio ambiente, excluindo-se o direito de propriedade.

<sup>395</sup> Processo n. 2004.71.00.021504-0.

<sup>396</sup> Processo n. 2005.71.00.0236836.

Carta<sup>397</sup>. O problema do Parque Natural Morro do Osso apresenta todos os elementos para uma profunda reflexão acerca da efetividade dos direitos fundamentais nas situações de confronto. O conflito ainda não recebeu uma solução judicial, o que confere alguma espécie de neutralidade ao caso, possibilitando divagações em todos os sentidos.

Independentemente do pronunciamento jurisdicional final, o caso já suscita questões de grande relevo jurídico. De acordo com a doutrina abordada relativa aos direitos fundamentais, poderíamos defender tanto a prevalência de um quanto de outro direito.

Se analisarmos do ponto de vista social, em razão da situação de absoluta carência daquela comunidade, uma saída possível seria considerar o direito fundamental à moradia como valor prioritário. Remetemo-nos, para defesa desta tese, à importante relação que Jacques Alfonsin<sup>398</sup> estabelece entre a terra e a satisfação das necessidades vitais de moradia e alimentação. Como relatado, a comunidade indígena, além de residir no PNMO, vive há cerca de 3 anos exclusivamente da venda de produtos artesanais produzidos com a matéria-prima local. Portanto, não bastaria transferir aquelas famílias para outra área, pois ainda subsistiria o problema da falta de material para o trabalho, e, em última análise, o problema da alimentação, lançando àquela comunidade em situação de completa miséria.

Ademais, a unidade de conservação goza de localização razoavelmente privilegiada, já que, mesmo não estando situada no centro, a área possui acesso mais facilitado do que os bairros localizados na periferia de Porto Alegre. Todos estes fatores devem ser sopesados diante de uma situação de conflito, afinal, o direito à moradia não representa apenas um teto para morar, outros fatores devem ser considerados para que a habitação seja considerada adequada: localização, disponibilidade de serviços, custo acessível, entre outros fatores listados no item 1.4

---

<sup>397</sup> Importantíssimo salientar que o problema indígena não está sendo analisado neste caso, sob pena de fugirmos completamente do assunto proposto. Certamente, se entrássemos na seara do histórico direito indígena às terras brasileiras, garantido pela Constituição de 1988, apontaríamos outras soluções para o caso. O objeto da nossa análise, pois, está limitado ao problema da degradação ambiental verificada na área ambientalmente protegida em razão da habitação humana (seja esta indígena ou não) e o problema social da falta de opções de moradia para a comunidade que lá se encontra.

<sup>398</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003

deste trabalho. Prevalecendo o direito à moradia, seria o caso de se promover a regularização do assentamento, com atenção especial à sustentabilidade da área, o que importa na adoção de medidas para mitigar os danos inevitáveis, tais como, coleta de lixo seletivo, fornecimento regular de água e de energia elétrica, instalação de rede de esgoto, etc.

É de se salientar, advogando a favor da comunidade, que o meio ambiente urbano deve pressupor a presença do homem e todas as interações e problemas daí decorrentes<sup>399</sup>. Portanto, dentro desta linha, seria mais razoável pensar em termos de sustentabilidade do que na preservação eterna de um estado de completo equilíbrio da natureza de uma área situada em um entorno completamente urbanizado. Para tanto, como sugere Dourojeanni<sup>400</sup> poderia ser alterada a classificação da unidade de conservação para unidade de uso sustentável<sup>401</sup>. Estas duas categorias de unidade de conservação suportam a permanência das populações tradicionais. Neste caso, a posse da comunidade indígena seria regulada por contrato firmado junto ao poder público municipal e condicionada à preservação da unidade, sendo restringidas determinadas atividades. A redução dos limites da unidade deverá ser feita por lei específica (art. 22, parágrafo 7º da Lei 9985/2000). Desta forma, a comunidade local poderia permanecer residindo na área, mas o uso ficaria limitado em razão do valor ambiental.

Há que se considerar, por outro lado, que outra saída possível seria estabelecer uma relação de prevalência do direito ao meio ambiente equilibrado. Apesar do problema social da habitação, no caso em comento a degradação do meio ambiente assume proporções igualmente relevantes, senão maiores. Primeiramente, devemos considerar que a ocupação é bastante recente e, embora o local já apresente sinais de degradação, ainda há o que se falar em retorno ao *status quo ante*. Não se trata de uma situação plenamente consolidada, visto que poucas famílias estão residindo na unidade de conservação e estão localizadas em

---

<sup>399</sup> PRESTES, Vanesca. *Op.cit.* 2004

<sup>400</sup> DOUROJEANNI, Marc J. *Op.cit.* 2000.

<sup>401</sup> Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção; (...) XI - uso sustentável: exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável;

uma das entradas do Parque, de forma que a maioria da área ainda se encontra preservada. Além disso, não há o que se falar em omissão na fiscalização por parte do poder público municipal, porquanto a Prefeitura tentou retirar a comunidade da área com a ajuda da Brigada Militar uma semana após a invasão<sup>402</sup>. Ademais, a Prefeitura Municipal litiga na justiça há cerca de dois anos para reaver a posse do Parque.

Considerando todos estes aspectos, optando-se pela permanência da ocupação irregular na unidade de conservação, colocaremos em risco um bem ambiental de notável relevância para o ecossistema da cidade e para a sadia qualidade de vida de todos os gaúchos, quiçá de toda a humanidade (considerando o caráter difuso do bem ambiental).

No caso do Parque Natural Morro do Osso, uma área alternativa para habitação foi oferecida aos índios pela Prefeitura conforme informação obtida junto a Secretaria Municipal de Meio Ambiente. A região oferecida para moradia se localiza na Reserva do Lami (região próxima ao Parque) e possui algumas características semelhantes ao PNMO – açude e área verde -, contudo, tem área bem menor, contando com apenas 10 hectares contra os 127 existentes no Parque, além de não conter a matéria-prima principal utilizada para o artesanato<sup>403</sup>. A comunidade Kaingang não aceitou a oferta municipal, optando por permanecer no PNMO, enquanto espera a solução judicial definitiva para o caso.

Podemos entender que no momento em que houve uma oferta da Prefeitura de área própria à moradia, o núcleo essencial deste direito restou atendido. Qualquer pretensão mais abrangente do que essa deve ser considerada periférica ao direito de moradia e é de ser indeferida em razão da reserva do possível<sup>404</sup>. O

---

<sup>402</sup> Conforme relato da bióloga Maria Carmen Sestren-Bastos.

<sup>403</sup> Conforme informação do representante da comunidade indígena, vice-cacique Miro.

<sup>404</sup> O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aborda a questão da reserva do possível de forma semelhante à nossa na seguinte decisão: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO. Ainda que as fraldas descartáveis sejam verdadeiramente úteis, proporcionando higiene e conforto às pessoas doentes e facilitando o trabalho daqueles que cuidam dos enfermos, não são as mesmas um produto indispensável à preservação da vida e da saúde, podendo ser substituídas por similares feitas de pano, laváveis, sem que com isso se comprometa o bem-estar do enfermo. É dever do Poder Judiciário analisar minuciosamente toda exigência que despenda recursos econômicos não incluídos no orçamento. O Poder Judiciário, diante da carência de recursos para atender a todos os direitos fundamentais constitucionais, os quais em sua maioria implicam em prestações positivas, deve atentar ao princípio da reserva do possível (ou seja, à disponibilidade orçamentária), sob pena de ser relegado a outros cidadãos, em situação de maior premência, o amparo estatal. Recurso provido. (Apelação Cível Nº 70016805624, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 01/11/2006).

Estado, diante da falta de recursos para atender a todos os direitos fundamentais constitucionais, deve estar limitado à disponibilidade de recursos e meios, sob pena de deixar de atender aos direitos de outros titulares. Assim, temos que a Prefeitura de Porto Alegre, por determinação constitucional, tem o dever de viabilizar o acesso à habitação a esta comunidade, entretanto, em razão das limitações materiais, não é possível que os destinatários deste direito escolham a melhor forma de usufruto dele. Nas palavras de Ingo Sarlet<sup>405</sup>:

...no âmbito da proibição de retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa.

Além disso, como já referido nesta pesquisa, qualquer restrição aos direitos fundamentais deve respeitar sempre o princípio da proporcionalidade<sup>406</sup>. De acordo com Freitas<sup>407</sup>, “mesmo quando comprovadamente não afete o núcleo essencial, a restrição à parte do conteúdo considerada não essencial deve pautar-se pela diretriz hermenêutica do princípio da proporcionalidade”. Neste caso, o meio adotado – realocação da comunidade – não foi excessivo e se mostra adequado à produção do resultado pretendido, qual seja a preservação da unidade de conservação. Portanto, ainda que haja uma afetação desvantajosa no direito fundamental de moradia (com a ressalva de que o núcleo essencial foi preservado), esta foi produzida através do emprego do meio menos prejudicial. Por fim, analisando-se a proporcionalidade em sentido estrito, relacionada, com apoio em Alexy<sup>408</sup>, à ponderação de bens propriamente dita, temos que não cabe sacrificar o direito de toda a coletividade a usufruir de um meio ambiente ecologicamente sadio<sup>409</sup> para privilegiar um pequeno grupo de pessoas.

---

<sup>405</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*2004a, p. 360

<sup>406</sup> Nas palavras de Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.* 2004a, p. 118/119): “Não obstante variáveis, de acordo com as peculiaridades de cada ordem constitucional, os tipos de limites às restrições em matéria de direitos fundamentais, assim como diversificado também o sentido e alcance outorgado a estes limites, constata-se – para além de outros aspectos de relevo e, pelo menos, no que diz com as ordens jurídicas diretamente influenciadas pela doutrina e pela jurisprudência alemãs – certo consenso quanto ao fato de que, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto de restrição.”

<sup>407</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Op.cit.* 2005, p. 274

<sup>408</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.* 1993.

<sup>409</sup> O Parque Natural Morro do Osso, além da beleza cênica, possui uma função ambiental importante para o ecossistema de Porto Alegre, além de possuir espécies de fauna e flora raras e em extinção, fundamentais ao meio ambiente da cidade, já bastante alterado em razão da intensa urbanização.

Utilizando as lições de Konrad Hesse<sup>410</sup>, observamos que ambos os valores constitucionais conflitantes devem ter o máximo possível de efetividade assegurada, em razão da noção de Unidade da Constituição já referida neste trabalho (ver item 3.4). Assim, o direito à moradia, mesmo que não seja o valor eleito no caso, deve ser observado na maior medida possível. Destacamos, por isso, juntamente com Edésio Fernandes<sup>411</sup>, que, no caso em comento, se o direito à moradia não puder ser exercido naquele local, em razão da ponderação dos direitos fundamentais, este direito continua existindo, devendo ser exercido em outro local.

Relevante, por derradeiro, destacarmos o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet<sup>412</sup> utiliza a expressão *proteção pela dignidade* para designar exatamente a função deste princípio enquanto limite dos limites aos direitos fundamentais<sup>413</sup>. O autor refere que a dignidade da pessoa humana deve ser um dos critérios para aferição da ocorrência de eventual desproporcionalidade e, conseqüentemente, da incidência da proibição de retrocesso social. No caso da ocupação do Parque Natural Morro do Osso, parece que a restrição do direito fundamental à moradia – mediante remoção da comunidade do local<sup>414</sup> - não afeta o princípio da dignidade da pessoa humana, tampouco representa qualquer forma de retrocesso. Isto porque estaria sendo oferecida uma alternativa para habitação daquela comunidade (não ideal, mas concreta).

---

<sup>410</sup> HESSE, Konrad. *Op.cit.* 1998.

<sup>411</sup> FERNANDES, Edésio. *Op.cit.* 2006.

<sup>412</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*2004a, p. 118/123

<sup>413</sup> Sarlet fala da dupla função do princípio da dignidade em seu livro “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais” (2004). Sustenta o autor que a dignidade da pessoa humana pode servir de fundamento para se justificar a imposição de restrições aos direitos fundamentais, bem como pode servir de proteção dos direitos contra medidas restritivas. Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana serve simultaneamente como limite dos direitos e como limite dos limites.

<sup>414</sup> Convém registrar, no contexto, decisão do nosso Tribunal de Justiça exarada nos Embargos Infringentes Nº 70009663956 em que o direito à moradia, ainda que não tenha prevalecido no conflito, restou preservado em face do princípio da proporcionalidade. A questão envolvia construções irregulares junto à via férrea do Município de Bento Gonçalves, erguida em confronto com o Plano Diretor do Município. No julgado, assistiu razão ao Município para que procedesse à demolição das construções que ofereciam perigo a moradores e a terceiros. Entretanto, a demolição foi condicionada ao realojamento dos ocupantes do imóvel em outra área. Segue ementa da decisão. Reconheceu-se que no conflito entre interesses privados e coletivos, ainda que no caso prevalecesse estes em detrimento daqueles, em razão do princípio da proporcionalidade, a moradia deveria ser providenciada àqueles moradores em região situada no mesmo município. Segue ementa do julgado: EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO DEMOLITÓRIA - EDIFICAÇÃO IRREGULAR - MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES - SITUAÇÃO QUE ENSEJA O DEFERIMENTO DA PRETENSÃO DO AUTOR - NECESSIDADE, ENTRETANTO, DE PRESERVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA MORADIA DIGNA, REALOJANDO-SE O RÉU E SUA FAMÍLIA EM OUTRA ÁREA DO MUNICÍPIO ; APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE . PRECEDENTES SOBRE O TEMA. Embargos acolhidos em parte. (Embargos Infringentes Nº 70009663956, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 08/10/2004)

De acordo com as circunstâncias e possíveis soluções aqui expostas percebemos que a maior dificuldade deste caso é delimitar-se o que integra o núcleo essencial do direito à moradia e do direito ao meio ambiente e que não pode ser relativizado. Ainda, o que é requisito essencial da moradia adequada e o que estaria indo além do razoável, entendido como aquilo que pode ser exigido do poder público (noção de reserva do possível)? Estas aberturas normativas, em nosso sentir, só poderão ser preenchidas na tarefa hermenêutica.

Ainda que fiquemos tentados a adotar uma posição por um ou por outro direito, neste trabalho não o faremos (pelo menos, não ostensivamente), já que a exposição do caso foi usada para levantar os questionamentos que entendemos pertinentes em casos semelhantes, sem qualquer pretensão de pôr termo à discussão. Por último, reafirmamos o caráter particular de qualquer uma das soluções que adotarmos como correta, tendo em vista que, em se tratando de direitos de envergadura constitucional, não há relação absoluta de prevalência<sup>415</sup>.

---

<sup>415</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*2000.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobretudo, nada de final, nem de ponto final. Em vez do sinal de suspensão, o interlúdio, o entreacto, o intervalo. A pausa. O tempo de um balanço provisório, como um refrão, para melhor delimitar o jogo do tempo e do direito. Com efeito, esta dialéctica não tem síntese: não há saber absoluto que lhe ponha a palavra ‘fim’<sup>416</sup>.

Qualquer um que pretenda propor um diálogo a respeito dos direitos humanos deve, necessariamente, considerar o aspecto da temporalidade e da relatividade dos mesmos. Estudar os direitos humanos é, para além de qualquer raciocínio de viés filosófico, uma tarefa de retrospectiva histórica. Como toda análise histórica adequada, diversos são os elementos a serem observados: grupos sociais envolvidos, motivações éticas, opções políticas, entre outros.

Cientes da dificuldade de encontrar consensos dentro da complexa matéria dos direitos humanos e fundamentais, todos os pontos discutidos foram abordados mais como questionamentos possíveis – entre tantos – do que com a pretensão de chegarmos a soluções únicas.

Partindo desta premissa, esperamos ter logrado êxito no propósito de apresentar os direitos humanos e, de forma mais aprofundada, os direitos fundamentais, especialmente o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, já que ambos são, evidentemente, o objeto central deste ensaio.

À guisa de encerramento, por uma opção didática, utilizaremos o formato de conclusões articuladas, buscando reunir as conclusões parciais que puderam ser deduzidas em cada capítulo:

1. O grande marco na conquista dos direitos humanos foram as Revoluções Liberais ocorridas no século XVIII – Revolução Americana e Revolução Francesa. As duas revoluções, em que pesem as diferenças existentes, tinham influência jusnaturalista e estavam calcadas na idéia de soberania popular de Rousseau, rejeitando a figura do representante soberano do povo. Procuramos demonstrar que as idéias revolucionárias foram os primeiros passos para o reconhecimento dos direitos humanos, eis que elas representaram a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade.

---

<sup>416</sup> OST, François. *Op.cit.* 1995

2. O reconhecimento dos direitos humanos não ocorreu a um só tempo. Identificamos três naturezas diversas de direitos que optamos por chamar de dimensões. Com a ressalva de que as três categorias não tiveram uma positivação linear para todos os povos, apresentamos a lógica evolutiva de reconhecimento dos direitos humanos, presente, principalmente, nos povos ocidentais. As idéias jusnaturalistas oriundas das revoluções do século XVIII impulsionaram a positivação da primeira dimensão de direitos formada pelos direitos e liberdades individuais, de cunho essencialmente negativo. Posteriormente, em razão dos conflitos de classe, uma nova categoria de direitos foi reivindicada. A segunda dimensão, por sua vez, reclamava uma atuação positiva do Estado, o qual estava incumbido da tarefa de harmonização das desigualdades sociais. A terceira dimensão de direitos se refere aos bens de natureza difusa ou transindividual. Estes direitos, embora possam ser individualmente sentidos, como afirma Jorge Miranda<sup>417</sup>, pressupõem uma atuação coletiva. Nessa perspectiva, os direitos humanos positivados podem ser sintetizados em três grupos: os direitos de liberdade, os direitos de igualdade e os direitos de solidariedade.

3. Na esfera global, o reconhecimento dos direitos humanos foi impulsionado consideravelmente pela criação das Nações Unidas, após a 2ª guerra mundial. Existia uma tentativa de reconstrução dos direitos humanos no ambiente pós-guerra que havia sido conduzida pela Comissão para os Direitos do Homem, criada em 1946. Esta Comissão deu origem à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948. Mesmo num ambiente de pluralidade de valores e de convicções, este documento logrou êxito em encontrar pontos convergentes. A Declaração conteve normas gerais e normas relativas aos três grupos de direitos: direitos individuais ou civis, direitos políticos e direitos econômicos e sociais.

Acolhemos, parcialmente, a crítica de José Soder<sup>418</sup>, quando este entende que o conteúdo da declaração é, por vezes, vago e indefinido. Contudo, este documento não pode ser reduzido a um simples rol de recomendações da ONU, haja vista sua importância enquanto embrião do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A implementação dos direitos só foi pensada posteriormente (1966), através da adoção dos dois Pactos internacionais - de direitos civis e

---

<sup>417</sup> MIRANDA, Jorge. *Op.cit.* 2002

<sup>418</sup> SODER, José. *Op.cit.* 1960.

políticos e de direitos sociais, econômicos e culturais. Dessa forma, se constitui o sistema internacional de proteção dos direitos humanos que acabou por influenciar gradualmente os ordenamentos constitucionais internos dos Estados membros.

4. O direito ambiental teve um reconhecimento tardio no sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A relação do homem/natureza se modifica nas diferentes etapas da evolução humana. Nesse trabalho nos interessa especialmente analisar a conduta humana posterior ao século XVII, quando se observa uma mudança negativa no comportamento humano com relação ao entorno. Em razão do individualismo e da primazia da razão instrumental, o ser humano enfrenta o que Charles Taylor denomina de dissolução dos horizontes morais. Como percebemos, essa postura refletiu, sobretudo, na relação com a natureza; o homem adotou uma postura de superioridade e de irresponsabilidade para com o ambiente (em grande parte, influenciado pelos avanços tecnológicos). Nos propusemos a demonstrar que esta conduta humana e suas conseqüências negativas – danos, riscos, desarmonia da natureza – acabaram por inaugurar uma consciência da importância e da escassez dos recursos naturais e, em última análise, um interesse na proteção ambiental, ainda que de viés utilitarista.

5. No âmbito jurídico internacional, a proteção ambiental tem início na segunda metade do século XX, visivelmente impulsionada pela possibilidade de destruição do planeta pela utilização de armas nucleares. Da perspectiva do Direito Ambiental, a idéia de soberania dos Estados deve necessariamente ser flexibilizada, já que o dano ambiental é transfronteiriço e desconhece os limites dos territórios. Para se pensar em proteção, necessário, pois, implementar uma ação conjunta entre diversos Estados. Neste ponto, destacamos, mais uma vez, a relevante atuação da ONU na busca da união dos países em prol de uma causa do interesse e da responsabilidade de toda a humanidade. A ONU promoveu três conferências sobre meio ambiente – nos anos de 1972 (em Estocolmo), 1992 (no Rio de Janeiro) e 2002 (em Johannesburgo). Estas conferências contaram com a participação dos representantes da maioria dos Estados membros, bem como com a sociedade civil através das ONG's. Hector Leis<sup>419</sup> assume posição crítica em relação às conferências da ONU, alegando que estes encontros servem mais para aparentar uma preocupação com a natureza do que pra trazer soluções efetivas. Não iremos

---

<sup>419</sup> LEIS, Hector Ricardo. *Op.cit.* 1996.

retomar as propostas e os objetivos traçados por cada Conferência, mas firmamos a convicção de que todos estes encontros tiveram importância eis que contribuíram, em maior ou menor grau, para fomentar os debates em torno do tema do meio ambiente.

6. O fenômeno da globalização, por um lado, também contribuiu para os debates em torno do direito ambiental. A interconectividade favoreceu o contato entre pessoas de diferentes países que passaram a se identificar menos pela nacionalidade e mais pelos interesses comuns. As ONG's relacionadas ao meio ambiente se multiplicaram e se tornaram grandes organizações. Por outro lado, a globalização econômica contribuiu substancialmente para degradação ecológica e lançou a sociedade na era do risco. A partir da concepção de *sociedade do risco*, formulada por Ulrich Beck, quisemos demonstrar o nexo de causalidade existente entre a forma de produção e o padrão de consumo capitalista e a criação de riscos para a humanidade. O risco de catástrofes ecológicas é, como foi demonstrado, imprevisível e transgeracionais. Daí decorre a importância de observarmos, a cada escolha, o princípio da precaução, positivado na Declaração da Rio-92, segundo o qual é preciso ter cautela diante da incerteza científica. Concluímos afirmando que muitos foram os fatores que contribuíram para o reconhecimento do direito humano a usufruir de um ambiente ecologicamente equilibrado.

7. O direito humano à moradia (nesta pesquisa também denominado de direito à habitação) teve um histórico de reconhecimento diverso e nem tão tardio quanto o direito ao meio ambiente. Ainda que ele não tenha estado presente na Declaração oriunda da Revolução Francesa, o direito à moradia foi contemplado na Declaração da ONU de 1948, como um elemento intrínseco ao padrão de vida adequado do ser humano. As Conferências da ONU foram igualmente importantes para a reafirmação do direito humano à moradia: em 1976 realizou-se a Habitat I em Vancouver e em 1996 realizou-se a Habitat II em Istambul. No processo de reconhecimento do direito humano à moradia não se buscava apenas um local para habitação da população, mas sim um local com condições adequadas para o desenvolvimento digno da vida humana (o que, inclusive, pressupõe a qualidade ambiental). Esperamos ter deixado claro, ao longo do trabalho, que não existe um rol mínimo para designar o que vem a ser uma moradia adequada. Contudo, intentamos nos aproximar de um possível conceito para moradia digna, sugerindo a adoção dos critérios apontados no comentário n. 4 do Comitê das Nações Unidas de Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais. Chamamos a atenção para o fato de que a idéia de moradia adequada, qualquer que seja o critério adotado, nos remete a outros conceitos abertos (“condições de salubridade adequada”, “custo acessível”, etc.) que, no nosso sentir, só poderão ser integrados na tarefa hermenêutica.

8. Para falar da caminhada de reconhecimento dos direitos humanos, consideramos a importante participação dos atores sociais. Os movimentos sociais motivaram a conquista dos direitos e tiveram dupla tarefa: contribuir para a positivação dos direitos humanos e, posteriormente, reclamar a implementação destes. A luta pela defesa da natureza foi fundamentada pela constante tensão entre duas correntes filosóficas: a antropocêntrica e a biocêntrica. Analisando-se as características de natureza ética de ambas, procuramos apontar para um horizonte de superação da dicotomia biocentrismo/antropocentrismo, com a respectiva adoção de um paradigma antropocêntrico alargado, que tem como escopo o reconhecimento da posição nuclear do ser humano e, simultaneamente, a importância do ambiente enquanto entorno e por seu valor intrínseco. Em razão da noção de interdependência entre todas as espécies, projeta-se uma nova ética chamada por Morin de *antropoética*. Nesta mesma linha, adotamos o princípio da responsabilidade do ser humano em relação ao meio ambiente anunciado por Hans Jonas. Anunciamos, junto com o autor, a necessidade de conceber a ética de um ângulo mais abrangente, incluindo os elementos não humanos. À natureza, portanto, é atribuída uma dignidade de fim.

9. O movimento ambientalista, com as suas diferentes linhas – conservacionista e preservacionista -, foi de notável importância para defesa e divulgação da causa ambiental. Ele teve início nos países do Norte, e, por isso, foi visto como um movimento de caráter elitista. De fato, a luta em prol da defesa do meio ambiente demorou a se expandir entre os países do Sul, onde a pobreza se colocava como o problema central, ofuscando problemas de outras naturezas. Para a população pobre, a qualidade do meio ambiente era um bem supérfluo em comparação a outras necessidades mais emergenciais, como comida, habitação, saúde... Por isso, o movimento ambientalista se propagou tardiamente entre a sociedade civil destes países (a partir da década de 80). Esta cultura ecológica teve expressivos reflexos políticos, dando origem à formação dos partidos verdes e de órgãos governamentais de proteção da natureza.

10. Os movimentos sociais de luta pela moradia são marcados pela abordagem local, impulsionados especialmente pelas populações desprovidas de um local para habitação. Observamos que a luta da moradia é, ao contrário dos movimentos ambientalistas, bastante recorrente nos países em desenvolvimento, onde a carência de recursos do Estado acaba por dificultar a implementação dos direitos sociais. Em razão da nota de localidade, optamos por apresentar o problema da moradia no contexto social brasileiro. Analisando-se a história do uso das terras no país, observamos que o problema da moradia surge visceralmente conectado com a supremacia do direito de propriedade que teve início após a edição da Lei de Terras. A partir de então, a propriedade ganha uma dimensão mercadológica nas cidades brasileiras e, paralelamente, a posse é desconsiderada enquanto critério para determinar a titularidade. Além disso, o movimento de urbanização brasileiro ocorrido a partir da década de 30, trouxe para a cidade uma população desqualificada profissionalmente e que, portanto, não conseguiu se inserir no mercado de trabalho de forma a pagar o alto custo para adquirir uma moradia digna. Apontamos estes elementos como as principais causas da exclusão e precariedade das moradias pobres dos grandes centros urbanos.

11. Como reflexo da segregação social, os movimentos de luta pelo acesso à terra urbana acabaram encontrando o caminho da ilegalidade das favelas, cortiços e assentamentos irregulares, localizados em áreas excluídas do mercado imobiliário, como é o caso das áreas com valor ambiental. Relevantíssimo destacar que estas ocupações deram origem ao conflito entre a moradia e o meio ambiente, na feição exata que tentamos estudar neste ensaio. O movimento de luta pela moradia urbana deu origem à formação do Fórum Nacional de Reforma Urbana – FNRU, que repercutiu na Constituição de 1988, bem como em outros instrumentos legais, entre os quais destacamos o Estatuto da Cidade.

12. O reconhecimento dos direitos humanos, estimulado pelos movimentos sociais, deu origem ao surgimento dos direitos fundamentais, compreendidos no presente estudo como os direitos positivados na esfera do direito constitucional interno de cada país. No Brasil, identificamos três diferentes fases do constitucionalismo. A matéria dos direitos fundamentais está inserida no texto constitucional desde a Constituição do Império (em 1824), mas sempre contemplando somente os direitos de primeira dimensão. É somente na terceira fase do constitucionalismo, a partir da Constituição de 1934, que transparece uma nova

matriz constitucional, de inspiração alemã, contemplando além dos direitos individuais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos sociais. Em que pese o caráter inaugural, as Cartas que continham os direitos sociais eram, fundamentalmente, programáticas, portanto, desprovidas de eficácia. A eficácia dos direitos sociais veio somente com o advento da Constituição de 88.

13. A Constituição Federal de 1988 foi marcada pelo pluralismo, eis que recepcionou todas as categorias de direitos fundamentais, reservando o Título II para elencar os direitos protegidos. Para além do rol previsto neste título, apontamos para a existência de uma norma de *fattispecie* aberta (art. 5º, parágrafo 2º), a qual possibilita que outros direitos localizados em outras partes da Constituição e até mesmo fora dela possam ser considerados direitos fundamentais. A maior dificuldade apresentada por esta norma se refere à recepção dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem constitucional brasileira. Muitas são as divergências em torno da valoração dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, se devem ser equiparados à norma constitucional ou à legislação ordinária. A questão restou encerrada, embora não sem alguma dificuldade, com a promulgação da emenda constitucional n. 45/04 que introduziu o parágrafo 3º no art.5º. Após esta emenda, os tratados internacionais de direitos humanos passarão a integrar a ordem constitucional brasileira, após serem submetidos ao rígido critério de aprovação dispensado às emendas constitucionais. A nosso ver a alteração se deu em benefício dos tratados de direitos humanos que, a partir de então, se tornam formalmente constitucionais, deixando de ser equiparados a meras leis ordinárias, como costumava ser o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

14. De acordo com a doutrina, as normas constitucionais possuem maior ou menor densidade, ficando consignado, entretanto, que todas possuem um grau mínimo de eficácia, tendo o condão de vincular a atuação estatal. Reconhecemos, contudo, a existência de normas que dependem da atividade legislativa para sua concretização, como é o caso dos direitos prestacionais, compreendidos como aqueles direitos que reclamam do Estado uma atuação positiva fática ou normativa. Nesta categoria incluímos o direito fundamental à moradia, visto que, embora possua uma dimensão negativa (proteção contra a ingerência do estado ou de outros particulares), é realizado principalmente pela intervenção estatal.

15. Devemos ter em conta, no âmbito desta discussão, que a eficácia de uma norma não pode ser confundida com a efetividade. A eficácia da norma deve ser

entendida como a sua aptidão para gerar efeitos de forma abstrata no mundo jurídico (dever ser); a efetividade, por sua vez, diz com a real aplicação da norma no mundo dos fatos, ou seja, diante do caso concreto (ser da realidade social). A partir desta noção, discutimos a eficácia (e a efetividade) dos direitos constitucionais à moradia e ao meio ambiente.

16. O direito fundamental à moradia passou a ser formalmente constitucional a partir da emenda n. 26/2000, que incluiu este direito social no *caput* do art. 6º. Sustentamos que, anteriormente, o direito à moradia já era objeto de proteção jurídica, em razão da sua presença em tratados internacionais assinados pelo Brasil, bem como da presença implícita em outras normas constitucionais. O direito à habitação obriga o Estado a criar políticas públicas que viabilizem o acesso à moradia e não a qualquer moradia, mas sim um ambiente com parâmetros qualitativos mínimos. Estes parâmetros não foram expressamente designados pelo legislador constitucional, a quem coube uma previsão mínima no que tange à matéria dos direitos sociais. Daí se extrai a importância da tarefa do legislador ordinário tanto na delimitação destes parâmetros quanto na criação de políticas públicas que possibilitem o acesso da maior parte da população à moradia adequada.

17. Demonstramos na pesquisa que o direito à moradia não se tornou suficientemente efetivo no Brasil, em parte em razão da limitação dos recursos materiais, em parte por causa da distorção das políticas propostas. Políticas como a criação do Banco Nacional de Habitação, que haviam sido focadas na parte pobre da população onde se encontra o maior *déficit* habitacional, acabaram sendo direcionadas ao financiamento de casas para a classe média. A maior prova da inefetividade do direito à habitação no país são as moradias precárias que podem ser vistas diariamente no mosaico das grandes, médias e pequenas cidades. A habitação precária ou carente deve ser entendida, neste trabalho, em razão da ausência de serviços públicos de infra-estrutura, acarretando na carência de abastecimento de água potável, de rede de esgoto, de sistemas de coleta de lixo e de vias de acesso adequadas, etc. Estas habitações se desenvolvem na ilegalidade e por isso o Estado se desobriga no provimento dos serviços. Assim, acreditamos que os assentamentos ilegais que já estão historicamente consolidados devem ser regularizados como forma de provê-los com a infra-estrutura necessária. Apontamos, contudo, que nem todas as ocupações ilegais devem ser regularizadas.

No caso de ocupações recentes em áreas de significativo valor ambiental, defendemos que o caminho da regularização não será o mais acertado, com vistas à conservação do meio ambiente para o usufruto das presentes e futuras gerações. Nestes casos, diante da impossibilidade de regularização, o governo deverá transferir a comunidade para uma outra área adequada à habitação, contemplando na melhor medida possível o direito fundamental à moradia.

18. O direito ao meio ambiente, direito difuso equiparado neste trabalho a um direito social, é alçado à categoria de direito fundamental em razão do sistema aberto adotado pela Constituição Brasileira (art. 5º, parágrafo 2º). A tutela constitucional da natureza – art. 225 – se refere a um conceito amplo de meio ambiente que inclui tanto o espaço natural quanto os objetos culturais acrescentados pelo homem. Intimamente conectado com o direito à saúde (*bem essencial à sadia qualidade de vida*), o legislador constitucional contemplou, através deste dispositivo, o direito de todos os seres humanos de viverem em um ambiente equilibrado e saudável. Como demonstramos, a este direito de usufruto corresponde um dever fundamental de proteção, imposto simultaneamente ao Estado e aos particulares individualmente considerados, superando-se a dicotomia público/privado. Por isso dizemos que o direito fundamental ambiental tem dupla natureza jurídica. A dimensão objetiva se refere à obrigação do Estado de resguardo do bem ambiental. A dimensão subjetiva diz com a legitimidade concedida ao cidadão de exercer individualmente a tutela jurisdicional ambiental através da ação popular. Reconhecemos a dificuldade de se deduzir do comando normativo constitucional um direito subjetivo individual ao meio ambiente, contudo, adotamos a ficção do direito ambiental como direito subjetivo para lograr êxito na tarefa protetiva. O direito ambiental, então, se desdobra em outros direitos como de informação e de participação. Entretanto, o caráter difuso do direito ambiental jamais poderá ser afastado, os resultados obtidos pela luta individual serão aproveitados por toda a coletividade.

19. Em razão da informação do Estado pelos princípios de direito ambiental, a doutrina aponta para o surgimento do Estado de Direito Ambiental. A abertura ambiental do Estado acarreta na participação democrática da população nas decisões ambientais, através da transparência das informações divulgadas. Do nosso ponto de vista, este Estado Ambiental de Direito, ainda que encontre respaldo

no texto constitucional brasileiro, não se tornou efetivo, principalmente em razão dos obstáculos criados pelos interesses econômicos.

20. O conflito ou colisão entre direitos fundamentais, de acordo com a doutrina estudada, deverá ser resolvido de forma similar à colisão de princípios apontada na teoria de Alexy. Em determinadas circunstâncias, estabelece-se uma relação de precedência de um valor em relação ao outro, mas o direito preterido não deverá ser considerado inválido, como no caso do conflito de normas. A prevalência de um direito deverá ser norteadada pelo princípio da proporcionalidade em seus desdobramentos: a conduta adotada deve ser adequada, deve ser a menos prejudicial e o valor eleito deve ser o mais preponderante. Em suma, proporcionalidade significa, nas palavras de Juarez Freitas, “sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”. Além disso, em razão da idéia de unidade da Constituição defendida por Hesse, temos que o direito que receber o menor peso numa situação de colisão, deve ser exercido na maior medida possível. Consideramos os direitos fundamentais como direitos *prima facie* diferente de ordens definitivas, portanto, lembramos que não existe um critério absoluto para solução dos casos de conflitos. Em síntese, afirmamos que a relação de precedência de um direito fundamental só poderá ser ditada frente a um caso concreto, sem qualquer pretensão de generalidade; ou seja, a solução adequada para determinada circunstância fática poderá ser equivocada para outra. Entendemos que deverão ser buscadas as melhores respostas para o caso concreto, cientes da impossibilidade de se falar em única solução correta.

21. O ordenamento jurídico brasileiro contempla o princípio da proibição de retrocesso, princípio decorrente do princípio da segurança jurídica consagrado no Estado de Direito. À luz deste princípio não poderemos retroceder no patamar mínimo já concretizado pelos órgãos estatais (especialmente pela função legislativa). Daí concluímos que, mesmo numa situação de contraposição entre direito, deverá haver um respeito ao núcleo essencial do direito sacrificado. Trata-se de uma limitação à limitação dos direitos fundamentais. Logo, o nível de gozo dos direitos fundamentais podem ser relativizados, mas não podem ser completamente afastados ou deliberadamente reduzidos. O princípio da proibição de retrocesso vincula a atividade do legislador (o espaço de regulamentação de um direito constitucional fica restrito), mas não é absoluto. Como apontamos no trabalho, existem circunstâncias em que o interesse comunitário impõe uma redução nos

direitos fundamentais já consolidados, o que também deve ser visto como um elemento de segurança jurídica. Fica vedado, entretanto, a restrição arbitrária e deliberada. A medida para aferição do retrocesso social é a ingerência no núcleo essencial dos direitos fundamentais, neste trabalho entendido como aquela parte essencial da cada direito que pode estar disposta na Constituição (caso dos direitos negativos) ou na legislação ordinária (caso dos direitos prestacionais).

22. Abordamos na pesquisa o conceito de *mínimo existencial*, como balizador da tarefa do Estado Social de Direito. O mínimo existencial se refere à gama básica de direitos que a Constituição obriga o Estado a prover, ou seja, todos os direitos fundamentais. Este conceito se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que o mínimo existencial pressupõe a existência de um complexo de direitos que devem ser atribuídos a todo e qualquer cidadão. A garantia do mínimo existencial deverá pautar a atuação do legislador infraconstitucional na elaboração das políticas públicas e do plano orçamentário. Por isso, destacamos que o legislador não tem total liberdade na tarefa legislativa, encontrando-se vinculado aos direitos mínimos que devem ser assegurados pelo Estado para uma vida digna e, bem assim, vinculados ao patamar já consolidado destes direitos.

23. O rol de direitos fundamentais que integra o mínimo existencial frequentemente encontra como obstáculo a *reserva do possível*. Os direitos fundamentais, mormente aqueles que reclamam prestações positivas (dimensão encontrada tanto no direito à moradia quanto no direito ambiental), tem sua eficácia e efetividade limitadas pelos recursos materiais de que o Estado pode dispor. A noção de reserva do possível, inspirada na doutrina alemã, se refere tanto à possibilidade econômica do Estado, quanto a real necessidade do indivíduo de dispor da prestação reclamada (evitando-se a oneração indevida do ente estatal). A tarefa de determinar o que é considerado razoável em matéria de prestação estatal é será delineado próprio legislador infraconstitucional ou pelo administrador (podendo estas opções ser questionadas mais tarde no poder judiciário). Contudo, o argumento da reserva do possível não pode ser invocado deliberadamente para justificar a omissão do Estado nas providências sociais, especialmente se estivermos diante de necessidades emergenciais.

24. Neste trabalho, nos propusemos a estudar o conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente num horizonte primordialmente constitucional, em consonância com o nosso entendimento de força jurídica e vinculante da

Constituição. Entretanto, reconhecendo que o conflito também tem sede na aplicação da legislação ordinária, sentimos a necessidade de observar como se deu a regulamentação dos direitos estudados através do estudo das principais leis infraconstitucionais relativas à temática urbano-ambiental.

25. As cidades brasileiras, em razão da sua desordenada formação histórica, se transformaram no principal local de conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. Tentamos demonstrar que a pobreza e a miséria são fatores diretamente proporcionais à degradação ambiental (embora não os únicos). As estratégias de sobrevivência dos pobres urbanos causam um impacto ambiental negativo no meio ambiente urbano. Na solução destes conflitos o Município tem papel relevante, já que está geograficamente mais próximo do problema. A partir da autonomia municipal conferida aos municípios pela Constituição de 1988, entendemos que, de acordo com o art. 30 e com o art. 182, o Município tem competência para legislar sobre matérias de direito urbanístico, com a ressalva de que as diretrizes gerais do desenvolvimento urbano deverão ser da responsabilidade da União. Neste ponto, deve ser observado o princípio da subsidiariedade que determina que o poder centralizador deverá agir de forma subsidiária, quando o ente local não tiver estrutura para enfrentar o problema.

26. O princípio da função social da propriedade confere novos contornos à feição liberal da propriedade delineada pelo Código Civil de 1916. Ainda que o proprietário permaneça com o poder de fruição intrínseco ao domínio, os frutos da propriedade, à luz deste princípio, deverão reverter à sociedade. Reconhecemos, inspirados por Jacques Alfonsin, um valor de uso da terra anterior ao valor de mercado. As necessidades humanas como moradia e alimentação estão sobremaneira vinculadas à utilização da propriedade. Nesta esteira, ocorre uma transformação da idéia de propriedade absoluta para a idéia de propriedade-usufruto. Para além da função social, a partir da Constituição de 1988 à propriedade é agregado o elemento condicionante da função ambiental. O proprietário deve atender à função ambiental que varia de acordo com as características naturais da propriedade. Em vistas do cumprimento da função sócio-ambiental da propriedade foram criados, na legislação infraconstitucional, institutos urbanísticos e ambientais para torná-lo efetivo.

27. O cumprimento da função sócio-ambiental da propriedade urbana se torna efetivo quando a propriedade está em consonância com a destinação prevista no

plano diretor e, bem assim, com as disposições da legislação urbanística. Em síntese, podemos afirmar, utilizando as conclusões de Nelson Saule Júnior, que a propriedade urbana está cumprindo sua função quando são atendidos os seguintes requisitos: acesso à moradia a todos, distribuição equânime dos ônus e benefícios da urbanização e preservação do meio ambiente natural e construído.

28. A lei de Parcelamento do Solo – Lei 6766/79, alterada pela Lei 9785/99 buscou regulamentar a utilização e o parcelamento dos espaços urbanos. Em que pese a disposição legal, as cidades urbanas possuem diversos loteamentos clandestinos e irregulares, desprovidos de infra-estrutura adequada. Percebemos que a abordagem conjunta entre o problema urbano e o problema ambiental aparece de forma demasiadamente tímida nesta lei. Existe a previsão de áreas, onde não é possível o parcelamento do solo, em razão do valor ambiental (art. 3º).

29. O Estatuto da Cidade – Lei 10257/01 representou um marco no paradigma do direito urbanístico, eis que apresenta um sistema de normas e institutos sensíveis ao problema social e urbano, introduzindo o conceito de *cidades sustentáveis*. A participação democrática direta nas propostas e definições orçamentárias é consagrada no Estatuto. Procuramos dar ênfase aos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade para efetivação da moradia: a usucapião de imóvel urbano e a concessão especial para fins de moradia. No que se refere à usucapião, a segurança da posse foi protegida também nas edificações verticais (apartamentos). Além disso, esta lei autorizou a usucapião coletiva (art. 10), instituto de grande importância social porque contempla os diversos assentamentos irregulares urbanos, nos quais é impossível a individualização dos terrenos. Outro instrumento previsto no Estatuto para a defesa da moradia foi a concessão especial para fins de moradia. Esta concessão estava prevista no art. 183, parágrafo 1º da Constituição e foi regulamentada pela MP 2220/01. Através da concessão de uso reconheceu-se ao ocupante o direito subjetivo ao bem de titularidade pública, ainda que não lhe seja conferida a titularidade. De acordo com a medida provisória, nas hipóteses em que o bem público tiver significativo valor ambiental, é possível que o direito à moradia da comunidade seja exercido em outro local providenciado pela Prefeitura. A concessão dos espaços públicos não deverá ser utilizada sem qualquer critério para fornecer moradia à população. Em geral, a concessão se refere a ocupações amplamente consolidadas nas terras públicas.

30. O Código Florestal – Lei 4771/65 – colocou as florestas públicas ou privadas como bens de interesse de toda a coletividade. Esta lei federal é bem anterior à Constituição de 1988, mas já expressa um esboço do princípio da função sócio-ambiental da propriedade. Entendemos que as disposições do Código Florestal, por ausência de disposição em sentido contrário, devem ser aplicadas também às áreas urbanas, paralelamente à disciplina urbanística de parcelamento do solo. Demonstramos que não há o que se falar em redução dos limites fixados nesta lei, sob o fundamento de disposição diversa na legislação urbanística. Externamos o entendimento de que a preservação dos recursos naturais urbanos ou rurais já alcançou um nível de proteção considerável e eventual redução destes limites pode representar uma violação ao princípio da proibição de retrocesso.

31. A lei 9985/00 fundou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, consagrando a importância da preservação dos espaços naturais para a salvaguarda da biodiversidade e da sadia qualidade da vida humana. Na lei, foram previstas unidades de conservação de uso sustentável e outras de proteção integral. Procuramos destacar, na presente pesquisa, os conflitos verificados nas Unidades de Proteção Integral que servem de moradia para populações tradicionais (sendo a ocupação anterior à gravação da área como unidade de conservação). Registramos o entendimento de parte da doutrina no sentido da impossibilidade de se manter áreas naturais completamente intocadas, quando a permanência das populações tradicionais, além de atender ao aspecto social, é compatível com a preservação do meio ambiente. Contudo, nos posicionamos em sentido contrário, entendendo que a ocupação das unidades de conservação de proteção integral, seja por populações tradicionais ou não, será sempre incompatível com a proteção total do ambiente, motivo pelo qual tais situações devem ser analisadas com extrema cautela. As áreas integralmente protegidas são imprescindíveis à conservação da natureza (ou do que restou dela) e não comportam a idéia de desenvolvimento sustentável.

32. No capítulo final, apresentamos uma situação concreta de conflito entre o direito à moradia e o direito ambiental: a ocupação dos índios Kaingangs na unidade de conservação Parque Natural Morro do Osso. A partir das circunstâncias fáticas apresentadas, duas soluções foram propostas para o caso, sendo uma de prevalência do direito à moradia e outra de preponderância do direito ambiental. Não iremos retomar nestas considerações finais todas as reflexões que o caso possibilita, sob pena de repetir exaustivamente o que foi deduzido no capítulo. Importa-nos,

com mais propriedade, indicar às conclusões que o caso suscita e que, em última instância, remetem ao desdobramento final deste trabalho.

33. De todo o exposto, concluímos que diante de situações concretas de conflito entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental ao meio ambiente (direitos de mesma hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro), qualquer que seja o valor considerado preponderante, a decisão deve respeitar o princípio da proibição de retrocesso, com o cuidado de não restringir o núcleo essencial do direito preterido. Além disso, a restrição a qualquer direito fundamental, ainda que não lese o núcleo essencial, deve respeitar o princípio da proporcionalidade, de forma que o meio utilizado não seja excessivo e se mostre adequado à produção do resultado pretendido (emprego do meio menos prejudicial). Devemos, ainda, ter como norte a satisfação do mínimo existencial (patamar de direitos mínimos que o Estado deve prover a todos), sempre limitado ao princípio da reserva do possível. Em conformação à idéia de unidade da constituição, importa-nos reiterar que, qualquer que seja a solução escolhida, ambos os direitos conflitantes devem ter a efetividade assegurada na melhor medida possível.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Vicos; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2004.

AGENDA Habitat para Municípios. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2.ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo: Ática, 1994.

AZEVEDO, Sérgio de. A Crise da Política Habitacional: dilemas e perspectivas para o final dos anos 90. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; AZEVEDO, Sérgio de. **A Crise da Moradia nas Grandes Cidades: da questão da habitação à reforma urbana**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.

BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002.

BENJAMIM, Antônio Herman V. Desapropriação, Reserva Florestal Legal e Áreas de Preservação Permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. **Advocacia Pública e Sociedade**, n. 3. São Paulo, 1998.p. 63-80.

BOBBIO. Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO. Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais, Globalização e Neoliberalismo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 2. jul/dez. Belo Horizonte, 2003.p.351-361.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2002.

BRANDÃO, Júlio Cezar Lima Brandão. Aspectos Jurídicos das Florestas de Preservação Permanente e das Reservas Legais: proteção ambiental e propriedade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V., MILARÉ, Edis (coords.). **Revista de Direito Ambiental**. n. 22. Abr-jun. São Paulo, 2001.p.114-146.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003b.

CARVALHO, Maria do Carmo A.A. Participação Social no Brasil Hoje. **Polis Papers**, São Paulo, n, 02. 1998.

COMPARATO, Fábio konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed.rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAMIS, Roberta Casali Bahia; ANDRADE, Taís de Souza. A inaplicabilidade do Código Florestal em área urbana. **Jus Navigandi**, Teresina, n.1134, 9 ago. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8762>. Acesso em 09 ago 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DERANI, Cristiane. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: Direito Fundamental e Princípio da Atividade Econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. **Advocacia Pública e Sociedade**, n. 3. São Paulo, 1998. p. 91-102.

DIEGUES, Antonio Carlos Sant'Ana. **O Mito Moderno da Natureza Intocada**. São Paulo: NUPAUB – Universidade de São Paulo, 1994.

DOUROJEANNI, Marc J. Conflictos Sócio-Ambientales en Unidades de Conservación de América Latina. In CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, Anais, 05-09 nov 2000. Campo Grande. v. I.p.36/56.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ERMÍNIA, Maricato. MetrÓpole, legislação e desigualdade. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 17, n. 48, 2003. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=SO103-40142003000200013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO103-40142003000200013) & ING = ES & NRM = ISO Acesso em 10 out 2006.

FENSTERSEIFER, Tiago. **A dimensão ecológica da dignidade humana** : as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no estado socioambiental de direito Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2007

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**: uma introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERNANDES, Edésio. Preservação Ambiental ou Moradia? Um falso conflito. *In* FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERNANDES, Edésio. Princípios, Bases e Desafios de uma Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords. ). **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 309/363.

FINK, Daniel Roberto; PEREIRA, Márcio Silva. Vegetação de Preservação Permanente e Meio Ambiente Urbano. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V., MILARÉ, Edis (coords.). **Revista de Direito Ambiental**. n. 2 .Abr-jun.São Paulo, 1996.p. 77-90.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional *versus* a Única Resposta Correta. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 2. jul/dez. Belo Horizonte, 2003.p.280-316.

FREITAS. Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito – PUCRS. Porto Alegre: 2005, 290 f.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **Movimentos Sociais e Lutas pela Moradia**. São Paulo: Loyola, 1991.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **O Protagonismo da Sociedade Civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. São Paulo: Cortez, 2005.

GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez. A Autonomia Municipal e a Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental. *In*: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. Advocacia Pública e Sociedade**, n. 3. São Paulo, 1998. p. 45-56.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUATURA, Inah Simonetti Guatura. Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC – Lei 9985, de 19/07/00. *In* CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, Anais 05-09 nov 2000. Campo Grande. v. I.p.26/35.

HENKES, Silviana Lúcia. A Propriedade Privada no Século XXI. **Revista Seqüência Florianópolis**, n. 49, p.113-134, dez. 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBSBAWM. Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. 8.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JONAS, Hans. **El Principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Barcelona: Herder, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Internacional Environmental Law**. 3.ed. (s.c.): Hardcover, 1991

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEIS, Hector Ricardo. **A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999.

LEIS, Hector Ricardo. **O Labirinto** : ensaios sobre o ambientalismo e globalização. São Paulo: Gaia; Santa Catarina: Fundação Universidade de Blumenau, 1996.

LEITÃO, Lúcia; LACERDA, Norma. A Função Urbanística da Usucapião. In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.59/76.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUCON, Oswaldo; COELHO, Suani. Depois da Rio + 10: as lições aprendidas em Johannesburgo. **Revista do Departamento de Geografia**, USP. São Paulo, n. 15, 2002. p. 11/18

LUÑO, Antônio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAGRI, Ronald Victor Romero; BORGES, Ana Lucia Moreira. Vegetação de Preservação Permanente e Área Urbana: uma interpretação do parágrafo único do art. 2º do Código Florestal. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MILARÉ, Edis (coords.). **Revista de Direito Ambiental**. n. 2 .Abr-jun.São Paulo, 1996. p. 71-76.

MARICATO, Ermínia. MetrÓpole, Legislação e Desigualdade. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 48, 2003.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentals**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1995.

MBAYA, Etinne Richard. Gênese, evolução e universalidade dos Direitos Humanos frente à diversidade de culturas. **Estudos Avançados**, v.30, n. 11, São Paulo, 1997.

MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. **Meio Ambiente**: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDONÇA, Cláudia Augusta Lopes de. Intervenções em Áreas de Risco. In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: Proibição de Retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade Ecológica e Estado Socioambiental e Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado - PUCRS, Porto Alegre, 2006.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; ZANIN, Fabrício Carlos; NETO, Alfredo Copetti. A Democracia dos Modernos; crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas. In ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz. **Anuário do programa de pós-graduação em direito: Mestrado e Doutorado Unisinos**. São Leopoldo, 2003.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

MORIN, Edgar. **O Método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia na América Latina. In ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (coords.) **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.17/39.

OSÓRIO, Letícia Marques. Parcelamento, Urbanização e Regularização do Solo no Rio Grande do Sul. In ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (coords.). **A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 95/113.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 2. jul/dez. Belo Horizonte, 2003.p.280-316.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais , Justiça Internacional e o Brasi. In PERRONE MOISÉS, Claudia; AMARAL, Alberto do. **50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo, EDUSP, 1999. p.239/254.

PRESTES, Vanesca. A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade: da constitucionalidade da Medida Provisória n. 2220 de 04 de setembro de 2001. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords. ). **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 203/238.

RIZOTTI, Maria Luíza Amaral. Estado e Sociedade Civil na História das Políticas Sociais Brasileiras. **SEMINA: Ciências Sociais Humanas**, Londrina, v. 22, set. 2001. p. 39/56.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 5. jan/jun. Belo Horizonte, 2005.

SABOIA, Gilberto Vergne. O Brasil e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In PERRONE MOISÉS, Claudia; AMARAL, Alberto do. **50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: EDUSP, 1999. p.221/239.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso sociais no direito constitucional brasileiro. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 4. jul/dez. Belo Horizonte, 2004b. p.317/366.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana, aplicação e eficácia do Plano Diretor**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

SAULE JÚNIOR, Nelson. O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (coord.). **Direito à Cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SEGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Planeta Terra: uma abordagem de direito ambiental**". 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SEGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SESTREN-BASTOS, Maria Carmen (coord.). **Plano de Manejo Resumido do Parque Natural Morro do Osso**. Porto Alegre: Secretaria Municipal do Meio Ambiente, 2006a.

\_\_\_\_\_. **Relatório da Situação do Parque em Relação à Presença Indígena**. Prefeitura Municipal de Porto Alegre. SMAM. Janeiro/2006b.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Fundamentos Constitucionais da Proteção do meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SODER, José. **Direitos do Homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **O desafio metropolitano: um estudo sobre a problemática sócio-espacial nas metrópoles brasileiras**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Manole, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAYLOR, Charles. **La Ética de La Autenticidad**. Barcelona: Paidós Ibérica: 1994.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. I, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O processo preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993. In CERVO, Amado Luiz. **Revista Brasileira de Política Internacional**, n.1. Brasília, 1993

VIDAR, Isabel Lifante. Dos Conceptos de discrecionalidad jurídica. **Doxa (Publicaciones Periódicas)**, n. 25, 2002. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/cuadernos .SHTML>. Acesso em 16 nov 2005.

# ANEXOS



Foto I: Foto aérea dos limites do Parque Natural Morro do Osso



Foto II: Parque Morro do Osso e Rio Guaíba



Foto III: Ocupação da comunidade indígena Kaingang na unidade de conservação



Foto IV: Foto aproximada da ocupação

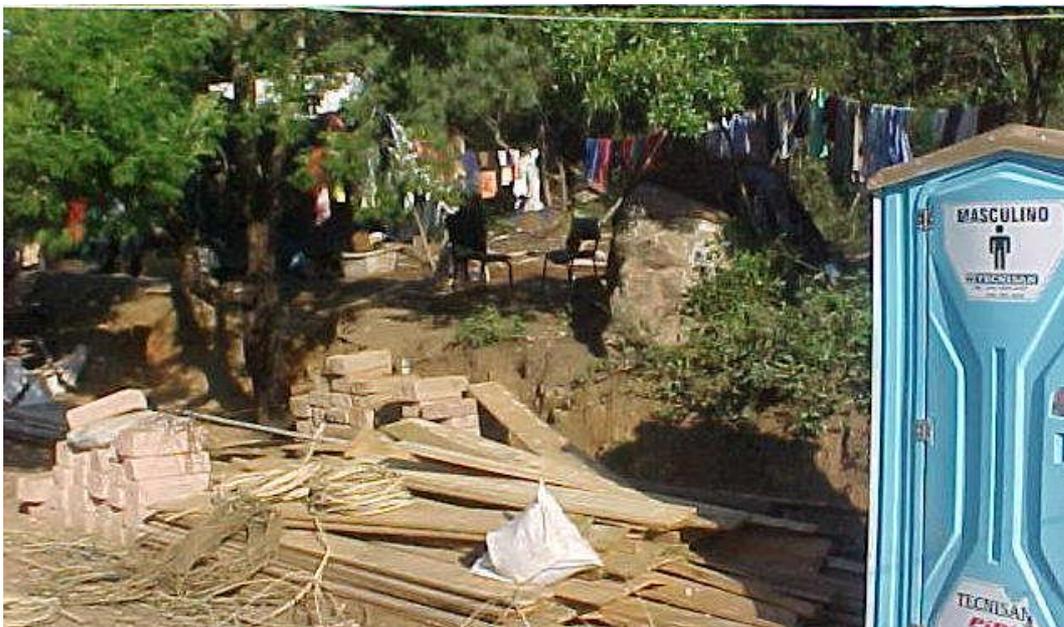


Foto V: Área do Parque impactado pela construção das moradias e banheiro químico instalado no local por determinação do Ministério Público



Foto VI: Cipós retirados das árvores que servem de matéria-prima para os índios na confecção de artesanato