

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO

GABRIELLA AVERBECK

**OS CASOS DE HABITAÇÃO EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE: COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO
MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E À MORADIA**

FLORIANÓPOLIS, SC

2013

GABRIELLA AVERBECK

**OS CASOS DE HABITAÇÃO EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE: COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO
MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E À MORADIA**

Monografia submetida ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina para a obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos
Martins Neto

FLORIANÓPOLIS, SC

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

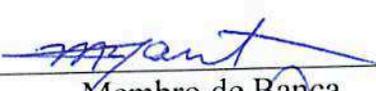
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Colisão de direitos fundamentais: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado frente ao direito à moradia**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Gabriella Averbek**, defendida em **05/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 40 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

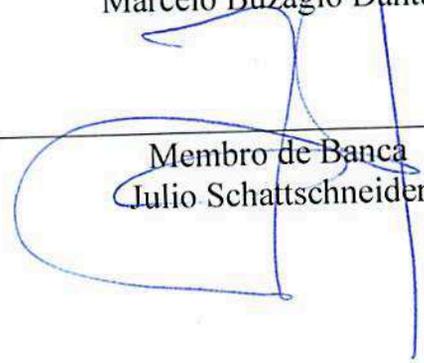
Florianópolis, 5 de Julho de 2013.



Professor(a) Orientador(a)
João dos Passos Martins Neto



Membro de Banca
Marcelo Buzaglo Dantas



Membro de Banca
Julio Schattschneider

AGRADECIMENTOS

Sou muito honrada pelo aprendizado vivido nos 5 anos aqui nessa Universidade. Tive sorte de estudar as lições de grandes mestres e mais sorte ainda de encontrar e me identificar com pessoas que eu não teria tido essa chance se assim não fosse. Queria agradecer um a um, mas isso o farei pessoalmente. Entretanto, eu devo expressar minha gratidão a algumas pessoas especiais.

Ao Prof. João dos Passos, meu professor e orientador, que me guiou com muita sabedoria nessa caminhada.

Aos meus colegas de trabalho, que com muita competência e disposição, me ajudaram a finalizar esse estudo, e com sua sapiência engrandecem minha esfera profissional.

À minha família, e ao Vinícius, que já faz parte dela, por tudo: pelos conselhos, pelos estudos conjuntos, pelas cosquinhas, por me ensinar a viver com sabedoria e sempre ir atrás da minha felicidade. Enfim, por todo seu amor incondicional.

RESUMO

O presente trabalho trouxe à reflexão um tema incipiente, mas de suma importância, uma vez que confrontados direitos fundamentais de grande prestígio. A colisão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem sido submetida, ultimamente, ao crivo do Poder Judiciário, de maneira que se tem buscado a convivência harmônica desses direitos ou a prevalência de algum deles. A complexidade do tema exigiu um estudo aprofundado da origem dos direitos fundamentais e de seus métodos de solução dos casos de colisão, à luz do critério da harmonização e da máxima da proporcionalidade e suas subregras. Foi dada uma atenção especial às circunstâncias de cada caso específico, uma vez que ora se privilegiou o direito fundamental ao meio ambiental, ora o direito fundamental à moradia, sem que se tenha aniquilado aquele outro direito prevalecido.

Palavras-chave: direito fundamental; meio ambiente ecologicamente equilibrado; moradia; colisão; harmonização; máxima da proporcionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	Apelação cível
ACP	Ação Civil Pública
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	Agravo de instrumento
APP	Área de preservação permanente
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
FATMA	Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
MC	Medida Cautelar
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
PNMA	Lei da Política Nacional do Meio Ambiente
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
SNUC	Sistema Nacional de Unidades de Conservação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DOS CASOS DE COLISÃO ENTRE ELES.....	10
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES GERAIS	10
1.1.1 O conceito de direitos fundamentais	11
1.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais	14
1.1.3 As características dos direitos fundamentais	16
1.2 A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
1.2.1 O conceito de regras.....	22
1.2.2 O conceito de princípios.....	23
1.3 OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DOS CASOS DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
1.3.1 A possibilidade de harmonização.....	27
1.3.2 A máxima da proporcionalidade	28
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E À MORADIA	32
2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	32
2.1.1 Considerações históricas sobre o meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro.....	33
2.1.2 O conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado expresso no art. 225 da CF/88	36
2.1.3 Espaços ambientalmente protegidos: as áreas de preservação permanente	41
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	45
2.2.1 A evolução do direito fundamental à moradia	46
2.2.2 O conteúdo do direito fundamental à moradia.....	49
3. A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E À MORADIA	52

3.1 OS CASOS DE HARMONIZAÇÃO	53
3.2 OS CASOS DE APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E ANÁLISE DAS MÁXIMAS PARCIAIS DA ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.....	57
3.2.1 Análise jurisprudencial a favor do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	58
3.2.2 Análise jurisprudencial a favor do direito à moradia	62
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

INTRODUÇÃO

O presente estudo cinge-se à verificação dos problemas de ocupação irregular nas áreas de preservação permanente e como o Poder Judiciário tem decidido quando submetidas essas hipóteses à sua análise.

Tem-se como objetivo propor o debate e o estudo dessas decisões, com base no levantamento doutrinário acerca dos direitos fundamentais e seus métodos de solução nos momentos de colisão.

Não se pretende desmerecer todo o trabalho e esforço despendido de cada magistrado singular, até porque eles são competentes – tanto pelo aspecto do princípio do juiz natural, quanto pelo sentido de sabedoria, inclusive de todas as circunstâncias que permeiam os casos concretos e que nem sempre são demonstradas ou conseguem ser percebidas por aqueles que não têm acesso direto aos autos.

Deste modo, num primeiro momento, faz-se necessária a conceituação dos direitos fundamentais e a apresentação de sua evolução, de maneira que se compreenda a nítida intenção do legislador constitucional em salvaguardar um núcleo essencial desses direitos.

Constatadas as características dos direitos fundamentais, se evidenciará a possibilidade desses sofrerem restrições para posterior análise dos seus métodos de solução de colisão.

Porém, antes de adentrar propriamente na apreciação dos métodos de solução, será indispensável explorar a divergência entre as duas variações normativas: os princípios e as regras.

Em um momento posterior, se estudarão os direitos fundamentais objetos do presente trabalho, quais sejam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia.

Certificar-se-á a fundamentalidade do direito ao meio ambiente, seu conceito, seu núcleo de proteção e uma das formas de sua concretização, como tarefa do Poder Público, pelo estabelecimento de espaços territoriais ambientalmente protegidos, em especial as áreas de preservação permanente, que são ocupadas irregularmente com mais frequência.

Após, apresentar-se-á algumas considerações sobre a evolução do direito à moradia e os conceitos que possibilitarão a verificação do núcleo essencial desse direito em cada caso concreto.

Assim que definidos os significados e a extensão de cada um dos direitos e os seus métodos de solução, se iniciará propriamente o estudo dos casos práticos, em que se propõe um debate acadêmico sobre a aplicabilidade da teoria ao dia-a-dia do Poder Judiciário.

Ocorre que, nesse trabalho, somente se procederá ao exame das situações concretas, em que há efetivamente a colisão de direitos fundamentais e não apenas um conflito aparente.

Dessa forma, constatada a existência de uma colisão propriamente, se investigará a possibilidade de harmonização da defesa do meio ambiente com direito à moradia, tendo como maiores finalidades a preservação ambiental e a efetivação da justiça social, de maneira com que ambos surtam seus efeitos no maior grau possível.

Sendo impossível, demonstrar-se-á que deve ser aplicada a máxima da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para então averiguar qual direito, de acordo com as circunstâncias fáticas do caso, deve prevalecer na situação apreciada.

Em nenhum momento e sob qualquer ótica não se pretende aqui desmerecer as decisões que serão colacionadas. Isso porque somente aquelas tiveram um contato e um exame minucioso dos elementos que compõem o processo, além de que o magistrado que a proferiu é competente para tal atividade.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DOS CASOS DE COLISÃO ENTRE ELES

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os direitos fundamentais assumiram uma posição de destaque na sociedade a partir do momento em que se inverteu a degenerada relação entre Estado e súdito e passou a se afirmar que esse indivíduo é titular, além de deveres, de variados direitos e que o Estado deve cumprir com suas obrigações, precipuamente, perante aquele.

Dessa maneira, compartilha-se a visão de Norberto Bobbio, que assevera:

[...] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja na relação do Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano [...]¹.

Após a concretização de determinados direitos, estabelecem-se novas relações e inicia-se nova luta para efetivar outros que anteriormente não foram consagrados.

Atualmente, a sociedade se encontra num momento de disseminação da compreensão de que cada indivíduo é titular de uma gama de direitos fundamentais. Assim, a cobrança de seus governantes e da sociedade é realizada com mais afinco.

Ocorre que é complexa a tarefa de esclarecer que esses direitos, essenciais a uma vida digna, não possuem o caráter absoluto.

Neste sentido ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco:

(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elemental direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada².

¹ A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4.

² Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 230-231.

Algumas vezes, a própria Constituição impõe expressamente, no dispositivo de proteção ao direito fundamental ou em outro autônomo, um limite ao exercício daquele direito assegurado.

Em outros casos, como se apresentará, o intérprete, ao aplicar a lei às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, busca a harmonização deles, de modo que fiquem assegurados os núcleos essenciais de cada um, ou os pondera de acordo com a sua importância no litígio ora posto.

1.1.1 O conceito de direitos fundamentais

Um dos motivos que justifica a dificuldade de se encontrar uma conceituação que alcance todos os direitos fundamentais deriva do fato de que as estruturas normativas desses diversos direitos não coincidem em todos os casos³. Desse modo, para que se possa elaborar uma conceituação, são utilizadas como premissas as características comuns a todos eles.

O presente trabalho focar-se-á, entretanto, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Isso porque estes deverão ser considerados a partir do ordenamento jurídico como um todo, o que resultará, além do dever de proteção por parte do Estado, como uma diretriz para a interpretação e aplicação das normas das diversas áreas do direito.

Sob uma leitura através do viés histórico, chega-se a uma primeira definição dos direitos fundamentais como vetores para a atuação do Estado. Nesse sentido, toda atuação estatal deve ser voltada para defesa dos direitos fundamentais, com os três poderes integrados nesse objetivo.

Ademais, sua relevância ultrapassa a esfera da garantia individual, como se depreende da seguinte passagem:

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.115.

positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático⁴.

Tal conceito não se afasta do sentido real do termo na esfera jurídica. Assim, como entende Vladimir Brega Filho, direito fundamental "é o mínimo necessário para a existência da vida humana"⁵.

José Afonso da Silva, assim os define:

[...] no nível do direito positivo, [são] aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente conhecidos, mas concreta e materialmente efetivados⁶.

Portanto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos – dimensão subjetiva – submetidos a um determinado ordenamento jurídico – dimensão objetiva.

Na toada do caráter intangível dos direitos fundamentais, vale a pena trazer a lição de João dos Passos Martins Neto:

Quando a Constituição, na sua pretensão de rigidez, inclui não todos, mas apenas alguns direitos subjetivos no rol dos conteúdos normativos declarados insuscetíveis de abolição, ela automaticamente separa os inúmeros direitos que prevê em dois segmentos distintos, o daqueles que estão protegidos por uma cláusula pétrea e o daqueles que não estão. Com isso, por óbvio, ela dota os primeiros de uma qualidade própria, que aos restantes falta⁷.

E mais adiante, conclui:

Sendo assim, é correto afirmar que os direitos subjetivos protegidos na Constituição por uma cláusula pétrea são portadores de uma qualidade específica que imediatamente lhes confere um status especial. E, por essas duas características acrescidas, eles se revelam, distintos de todos os demais e mais importantes que estes, figurando como direitos sem paralelos, em traço e valor, no ordenamento jurídico positivo. Agora sim, finalmente, o adjetivo fundamental parece que depara uma base sólida para ganhar significação expressiva.

⁴ Idem, p. 153.

⁵ Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 66.

⁶ Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 178.

⁷ Direitos Fundamentais: conceito, funções e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.84.

Buscando simplificar uma questão mais complexa, limitar-se-á o presente estudo ao ensinamento de Canotilho, donde os direitos fundamentais são aqueles vigentes em uma ordem jurídica concreta⁸.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet também se associa a esse entendimento e leciona um conceito de direitos fundamentais:

[...] Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). [...] ⁹.

Logo, adotar-se-á a definição de que os direitos fundamentais são aqueles contidos em dispositivos constitucionais, e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado¹⁰. Até porque os direitos que serão aqui estudados são constitucionalmente assegurados.

Sob a ótica dessa perspectiva objetiva, entende-se haver uma legitimação para restrições aos direitos subjetivos individuais, de maneira que, limitando o conteúdo e o alcance de alguns direitos, busca-se efetivar outros.

Diante disso, a verificação de sua dimensão, além de algumas características básicas semelhantes, torna-se necessária para que se aprofunde o entendimento no momento da sua aplicação ao caso concreto, bem como para que se certifique que não há direitos absolutos, impassíveis de sofrerem restrições ou cederem, de alguma maneira, a outro de idêntica hierarquia.

⁸ Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

⁹ A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.77.

¹⁰ DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

1.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais relacionam-se diretamente com o momento da história em que surgem. São verdadeiras conquistas de um povo em determinado período da nossa história, que evoluem de acordo com as necessidades da sociedade.

Durante o século XVIII, desenvolveu-se em alguns centros da Europa o movimento do Iluminismo, ante a opressão dos regimes absolutistas. Com o fim dos privilégios feudais, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Buscava-se garantir alguns direitos pertencentes à esfera de liberdade dos indivíduos contra os atos de ingerência estatais, como por exemplo, a igualdade entre as pessoas de diferentes classes sociais, a liberdade e o direito à propriedade, e assim foi constituída a primeira dimensão¹¹ dos direitos fundamentais – termo este que alude ao caráter complementar desses direitos.

Este é o ensinamento de Paulo Bonavides:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado¹².

Após firmar o individualismo que se emanou dessas primeiras declarações, SILVA explicita:

Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – os direitos econômicos e sociais [...]¹³.

Depreende-se que para complementar as garantias individuais, nos séculos XIX e XX, sucedeu-se a luta pelos direitos sociais, econômicos e culturais, chamados de segunda dimensão. Neste momento, passou-se de uma abstenção estatal para a necessária intervenção do Estado, pela busca do bem estar social.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 36.

¹² Curso de Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563-564.

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2009, p.174.

Nesse caso, em vez de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que exerça uma obrigação positiva, para efetivar direitos como saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública e moradia.

Ultrapassados, de certa maneira, os conflitos da 2ª Guerra Mundial, adotou-se uma nova visão acerca dos direitos fundamentais, caracterizada pela essência da coletividade como um todo ou de determinado grupo. Assim, como resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo, em que o Estado atuou como o grande violador de direitos humanos, a Organização das Nações Unidas se viu obrigada a elaborar um documento que clamasse pela extensão universal desses direitos, culminando na promulgação da Declaração Universal em 1948.

São direitos que têm origem na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), quando a humanidade passou a perceber que na sociedade de massa, há determinados direitos que pertencem a grupos de pessoas que compartilham dos mesmos valores. São característicos dessa terceira dimensão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, ao desenvolvimento e direito dos consumidores.

Roberto Bobbio traz um panorama do processo evolutivo destas três dimensões:

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da ‘pessoa’ –, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais¹⁴.

E ainda:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direito de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, (...). O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo¹⁵.

¹⁴ A Era dos Direitos, p. 69.

¹⁵ *Idem*, p.6.

Não obstante, o desenvolvimento tecnológico, em conjunto com a célere e progressiva globalização, traz à tona uma quarta dimensão, em que se defendem direitos, tais como a promoção e manutenção da paz, à democracia, à informação, à autodeterminação dos povos, promoção da ética da vida defendida pela bioética. Ainda não há consenso na doutrina sobre qual o conteúdo desse tipo de direitos.

A compreensão dos direitos fundamentais deve ser apurada mediante a análise de sua evolução para que se perceba a fundamentalidade de cada direito, de acordo com determinado momento histórico em que foram conquistados.

1.1.3 As características dos direitos fundamentais

A análise das características que são associadas aos direitos fundamentais com maior frequência deve ser estudada a partir de uma conclusão a que chegou o professor alemão Konrad Hesse:

[...] a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos¹⁶.

Deste modo, um olhar atento e minucioso deve preceder o estudo e a aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto, para que se possa empreender a materialização do seu núcleo essencial e a busca pelo bem estar social.

Historicidade

O caráter histórico dos direitos fundamentais traduz seu aspecto evolutivo, no sentido que surgem num determinado contexto histórico e vão se afirmando gradualmente. Esse aspecto foi demonstrado no tópico anterior (1.1.2) com maior vigor.

Norberto Bobbio, sobre o surgimento dos direitos fundamentais, assinala:

¹⁶Temas fundamentais do direito constitucional. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25.

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor¹⁷.

Assim, esse aspecto fundamental foi conquistado em certas circunstâncias caracterizadas por um espaço simbólico de luta e ação social.

O nobre doutrinador José Afonso da Silva sintetiza esse aspecto dos direitos fundamentais, de modo que “são históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos”¹⁸.

Não obstante, a partir da compreensão do aspecto histórico-evolutivo nota-se que os direitos fundamentais não conservam uma natureza absoluta, no sentido de imutabilidade. Isso porque estão intrinsecamente ligados a um determinado momento histórico e limitam-se, necessariamente, ao âmbito de incidência do ordenamento jurídico de um país específico.

Universalidade

A princípio, denota-se da própria definição do que são os direitos fundamentais que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade desses direitos. Essa aceção merece ser estudada com cuidado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 concretizou as reivindicações comuns a todos os homens, acentuando a tendência de universalização da proteção dos direitos humanos.

Superada essa conquista, passou-se a proteger seres humanos que, por conta de suas peculiaridades e do modo como a sociedade os tratava, se tornavam merecedores de atenção especial. Essa especificação levou à necessidade de serem explicitados novos direitos, aptos a proteger a particularidade de cada indivíduo ou grupo social.

¹⁷ A Era dos Direitos, p. 6.

¹⁸ Direito Constitucional Positivo, p. 181.

Assim, alguns direitos fundamentais específicos não interessam a todos os indivíduos, mas apenas a alguns, como por exemplo, o direito de greve, previsto no art. 9º da Constituição Federal, que compete apenas aos trabalhadores.

De outro lado, também não pode ser considerada a universalidade como polo passivo da relação jurídica, cujo objeto seja um direito fundamental. Conforme a natureza do direito, há casos em que o único obrigado é o próprio poder público, enquanto em outros, os particulares também assumem papel passivo na relação jurídica.

Inalienabilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade

A própria Carta Magna confere a todos – atenta-se aqui à moderação realizada em momento anterior que deve persistir no tocante à universalidade dos sujeitos – os direitos fundamentais e, tendo em vista seu aspecto subjetivo, são considerados intransferíveis, inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis.

Em regra, os direitos fundamentais não podem ser perdidos pelo decurso do tempo e, destarte, nunca deixam de ser exigíveis por seus titulares.

Usualmente também não podem ser vendidos ou doados, bem como não se pode dispor deles da maneira que se quer, pois não são considerados meros direitos pessoais (subjetivos), mas de interesse de toda a coletividade, no sentido que são considerados a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica.

Essas características decorrem do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que, em sua grande maioria, tratam de situações inerentes à própria condição humana.

Para Celso Lafer apud Rodrigo Bornholdt: “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”¹⁹.

Esse aspecto também merece uma visão crítica e parcial, pois nem todos os direitos fundamentais assim são caracterizados, de modo que:

Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis,

¹⁹ Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.

portanto, seriam os direitos que visam a resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa²⁰.

Isso posto, conclui-se que o caráter indisponível resume-se a alguns direitos fundamentais. Porém, essa autolimitação deve guardar uma relação razoável com a finalidade que se busca com a renúncia desse direito.

Relatividade

Não é raro ouvir que os direitos fundamentais são universais e absolutos. Quanto ao aspecto universal, demonstrou-se que deve ser compreendido em termos, sempre observando a relação jurídica específica que trata do direito fundamental em voga.

Já o caráter absoluto fundamentou-se na simples ideia de que o fato dos direitos fundamentais situarem-se no topo da pirâmide jurídica proposta por Kelsen²¹ seria suficiente para que não sofram algum tipo de restrição.

Nas palavras de André Ramos Tavares:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades’, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais²².

²⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p.123-124.

²¹ Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²² TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 528; grifou-se.

As restrições aos direitos naturais já eram previstas no texto legal da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que assim definia:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão os que asseguram dos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Ocorre que, diferentemente de hoje, àquela época – em que se afirmaram os direitos de primeira dimensão, inerentes às liberdades de cada indivíduo – era imprescindível a intervenção legislativa para a fixação dos limites, como uma forma de garantia à continuidade dos eventuais abusos estatais.

A própria Constituição Federal, algumas vezes, impõe expressamente um limite ao exercício daquele direito fundamental assegurado. Bem como, em seu art. 60, §4º, consolida uma forma de proteção à essência desses direitos, visto que não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

Nesse mesmo sentido já reconheceu o STF:

[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege [...] ²³.

As restrições dos direitos fundamentais não de vir estipuladas em lei, e na falta desta, o intérprete recorrerá aos critérios de harmonização e, por último, de ponderação entre os direitos afetados.

Portanto, é pacífico no nosso sistema que os direitos fundamentais podem sofrer restrições e limitações, quando encarados em face de outros valores constitucionais, ou mesmo outros direitos fundamentais.

Confira-se, a esse respeito, a brilhante lição do em. Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 23.452/RJ:

[...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de

²³ STF, ADIn n. 2024/DF, Relator Sepúlveda Pertence, in DJe 21/06/2007.

relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros²⁴.

Conquanto os direitos fundamentais sejam realmente limitados, é preciso que essas restrições não sejam tão profundas a ponto de torná-los inócuos e esvaziar, de tal maneira, o seu conteúdo.

Para obter essa garantia, surge a teoria dos limites dos limites, a qual dispõe sobre a necessidade de respeito ao núcleo essencial desses direitos e a obrigatoriedade de adequação à regra da proporcionalidade.

Por outro lado, a restrição a esses direitos só é admitida quando respaldada nos preceitos trazidos pela Constituição e quando respeitados o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade, como se exporá a seguir.

1.2 A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de se desenvolver o tema do presente trabalho, é imprescindível que se faça a distinção entre as duas espécies normativas, tendo em vista que esta trará enormes reflexos na interpretação e aplicação da técnica mais adequada ao caso, em se tratando de eventual colisão de princípios ou regras, como se verá adiante.

Não se busca aqui tratar da evolução da controvérsia entre princípios e regras, objeto de estudo de grandes nomes em nível nacional e mundial. Adota-se, portanto, como premissa, o caráter normativo dos princípios, conforme as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy²⁵.

²⁴ STF, MS n. 23.452/RJ, Relator Celso de Mello, in DJ 12/05/2000, p. 20.

²⁵ Taking rights seriously e Teoria de los derechos fundamentales, respectivamente.

1.2.1 O conceito de regras

As normas jurídicas subdividem-se em regras e princípios. A grande distinção entre elas se observa na forma como operam as situações de conflito ou colisão. Alexy utiliza a expressão conflito para designar o choque entre as regras e colisão para designar o choque entre os princípios.

As primeiras são normas de caráter definitivo, que contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível. Este é o ensinamento de Robert Alexy:

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve²⁶.

Assim, sendo as regras válidas, deve ser feito exatamente aquilo que elas determinam. Isto é, sua consequência jurídica valerá sobre o fato descrito na sua hipótese de incidência, de modo a afastar outras regras que dispuserem de maneira diversa.

Destarte, opera-se a subsunção e enquadra-se o fato à norma, chegando a uma conclusão objetiva. E, por se tratarem de comandos definitivos, para que não seja aplicada é necessário que exista uma regra de exceção ou que seja inválida.

Portanto, sempre que as consequências jurídicas de duas regras forem antinômicas, constatando-se que se encontram em conflito, o impasse será resolvido no plano da validade.

Segundo Dworkin, o conflito entre regras soluciona-se por meio do raciocínio do “all-or-nothing”²⁷. Alexy compartilha dessa mesma conclusão de que “ou uma norma jurídica é válida, ou não é”²⁸.

Neste mesmo sentido é a lição de Inocêncio Mártires Coelho:

Daí se dizer que, na aplicação aos casos ocorrentes, disjuntivamente as regras valem ou não valem, incidem ou não incidem, umas afastando ou anulando as

²⁶ Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-104.

²⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24.

²⁸ Op. cit., p. 92.

outras, sempre que as respectivas consequências jurídicas forem antinômicas ou reciprocamente excludentes.

E ainda:

Noutras palavras, em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a sua consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas incompatíveis²⁹.

Percebe-se então que, quando aplicadas ao caso concreto, e sendo as regras antinômicas e conflitantes entre si, só subsistirá uma única regra válida. Para tanto, utilizar-se-ão os critérios de solução das antinomias (cronológico, hierárquico e da especialidade).

1.2.2 O conceito de princípios

Diferentemente das regras, que possuem as hipóteses de incidência e suas consequências jurídicas determinadas, os princípios não possuem aplicabilidade imediata e direta.

Enquanto aquelas são normas impositivas, esses podem ser considerados mandados de otimização. Isto porque, tratam-se de determinações para que um bem jurídico específico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem.

Leciona o professor alemão, Robert Alexy:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face de princípios colidentes e das possibilidades fáticas³⁰.

²⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.45.

³⁰ Teoria dos direitos fundamentais, p. 103-104.

Como normas *prima facie*, o respeito aos princípios poderá ser efetivado em diferentes graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Ao tratar de princípios, Dworkin enaltece que estes possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm, de modo que, em caso de colisão, o que tiver maior peso se sobreporá ao outro, sem que este perca a sua validade³¹.

Esse traço gradativo não impõe aos operadores do direito uma única decisão correta e justa, como propõe Dworkin³², mas admite uma convivência e conciliação entre outro de mesma natureza.

Assim, partindo dos pressupostos do ensinamento de Dworkin, Robert Alexy assim diferenciou os tipos de norma:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio³³.

A partir das lições deixadas por Dworkin e Alexy, o emérito professor Luís Roberto Barroso buscou sintetizar os aspectos que distinguem as duas espécies normativas.

O primeiro deles que Barroso apresenta tem por parâmetro de análise o conteúdo da norma. Nesse particular, os princípios são normas que expressam “uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante”, e, sobretudo, apontam “uma determinada direção a seguir”³⁴. De outra sorte, as regras jurídicas não

³¹ Levando os direitos a sério, p. 40-42.

³² O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³³ Teoria dos direitos fundamentais, p. 90-91.

³⁴ Interpretação e aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 356-357.

conduzem a "valores ou fins públicos porque são a concretização destes"³⁵. Isso ocorre porque o legislador, diferentemente do que fizera quanto aos princípios, não permitiu que o operador do direito pudesse avaliar as condutas aptas à realização das regras.

Pela simples leitura desse ponto de distinção e pelo trabalho esboçado até aqui, principalmente no que tange à conceituação de direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que, normalmente, as normas que protegem os direitos fundamentais não se tratam nada menos do que princípios.

Para corroborar, prossegue-se com o trabalho de distinção realizado por Barroso, em que o próximo ponto diz respeito quanto à estrutura normativa. Enquanto os princípios "apontam para estados ideais a serem buscados", de maneira que não descrevem objetivamente a hipótese de incidência, as regras, ao contrário, reproduzem comportamentos, possibilitando ao intérprete pequena margem de interferência. Logo, enquanto os primeiros "são normas predominantemente finalísticas", as "regras são normas predominantemente descritivas"³⁶.

Por fim, entendeu Barroso que o modo de aplicação é a principal distinção entre as duas espécies normativas. Retomando o que fora exposto no tópico anterior: regras são aplicadas na modalidade tudo ou nada, restando violada caso deixe de ser aplicada à sua hipótese de incidência.

No que respeita aos princípios, estes demonstram um valor, uma finalidade; não sendo aplicados na modalidade "all-or-nothing", posto que assumem uma dimensão de peso – "dimension of weight" – no caso concreto. Observe-se que não há um peso pré-estabelecido para cada princípio, mas será a situação específica que conduzirá o operador do direito ao exercício de ponderação a fim de definir, naquelas circunstâncias do caso em questão qual princípio apresenta maior peso.

Ainda, no ponto, diga-se, com Canotilho, que "os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*"³⁷.

³⁵ A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 205-206.

³⁶ *Idem*, p. 206.

³⁷ Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 1274.

É cediço que não deve existir uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos valores constitucionais, mas uma análise minuciosa dos direitos envolvidos, de modo a possibilitar que cada um deles se perfectibilize na maior medida possível.

1.3 OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DOS CASOS DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ante a demonstração de que os direitos fundamentais não são absolutos – assim como nenhum outro direito – e, por isso, encontram-se em choque permanente com outros direitos da mesma natureza, faz-se necessário esclarecer os mecanismos de solução das colisões.

Não está a se tratar aqui daquelas hipóteses em que se constata um conflito aparente entre direitos fundamentais.

Inicia-se o estudo que se propôs propriamente com a passagem do ilustre Luís Roberto Barroso:

Por força do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão³⁸.

A colisão entre direitos fundamentais tem sido submetida, ultimamente, ao crivo do Poder Judiciário, de maneira que se tem buscado a convivência harmônica desses direitos ou a prevalência de algum deles.

Desta forma, o Judiciário dota-se de um papel de grande relevo, qual seja a concretização dos direitos fundamentais, quando da apreciação do litígio.

Nesse sentido:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF, autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham concretizar os direitos

³⁸ Interpretação e aplicação da Constituição, p. 359.

fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles³⁹.

Destarte, os intérpretes devem, num primeiro momento, buscar garantir a coexistência dos direitos fundamentais em voga.

Assim não sendo possível, utilizar-se-á o critério da proporcionalidade, em que se analisará a legitimidade da restrição ao direito fundamental, para então verificar se respeita a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim.

1.3.1 A possibilidade de harmonização

Quando da colisão entre princípios, e neste trabalho utiliza-se como sinônimo dos direitos fundamentais, busca-se, primeiramente, uma harmonização entre eles, de modo que ambos devam ser aplicados em extensões variadas, não sendo necessário afastar a incidência de qualquer deles no caso concreto.

Assim, o intérprete deve, numa etapa inaugural, adotar soluções que, na visão de Canotilho:

[...] apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso⁴⁰.

Isto é, o operador do direito deve evitar o sacrifício total de um dos direitos fundamentais em colisão, elegendo “a solução que produz o melhor equilíbrio, impondo a menor quantidade de restrição à maior parte de elementos normativos em discussão”⁴¹.

Nessa toada, Gilmar Mendes ressalta:

³⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p. 134-135.

⁴⁰ Direito Constitucional e teoria da Constituição, p. 1274.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 136.

[...] no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há e se faz mediante a utilização do recurso à concordância prática (praktische Konkordanz), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade⁴².

Logo, no processo de concordância prática não é atribuída primazia absoluta a um ou outro princípio, mas é verificado um esforço para assegurar a aplicação dos direitos colidentes.

Compartilhando do mesmo entendimento, Rodrigo Meyer Bornholdt leciona:

Por sua vez, tendo em vista a inexistência de hierarquia, o princípio da concordância prática busca encontrar uma solução compromissória entre dispositivos constitucionais que, em face de uma concreta situação, encontram-se contrapostos⁴³.

De fato, a melhor saída nos casos de colisão é a harmonização dos direitos fundamentais, pois possibilita que seja assegurado, na maior medida possível, o núcleo essencial de cada um.

Ocorre que, na maioria das vezes, não é possível visualizar e acolher esse método de harmonização e, para tanto, deve-se observar alguns critérios que servirão de base para o primado de um direito fundamental em detrimento de outro.

1.3.2 A máxima da proporcionalidade

Quando ocorre a colisão de dois princípios e, sendo impossível a harmonização entre eles, prevalecerá aquele que, diante do caso concreto, recebeu um peso maior e afastou a incidência do outro.

Esse sopesamento a ser encontrado na consideração das circunstâncias de caso a caso não significa que aquele princípio que não prevaleceu deva ser excluído do ordenamento jurídico.

Alexy sintetiza:

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: Breves reflexões. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 287

⁴³ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Métodos para a resolução do conflito entre os direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 178.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção⁴⁴.

A posição de Alexy parte do pressuposto de que o preceito da proporcionalidade é uma decorrência lógica da estrutura dos princípios como mandados de otimização.

Virgílio Afonso da Silva segue essa linha de raciocínio:

A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais⁴⁵.

Sabe-se que os direitos fundamentais não possuem o caráter absoluto e podem sofrer restrições que devem se coadunar com os dispositivos constitucionais e respeitar a regra da proporcionalidade, de maneira que se verifique a legitimidade daquela limitação imposta.

O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a jurisprudência alemã, considera a máxima da proporcionalidade – e sua subdivisão nas máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – como parâmetro de controle das restrições em relação aos direitos fundamentais.

De acordo com Konrad Hesse:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental⁴⁶.

Sobre a adequação, esclarece Humberto Martins Ávila:

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja

⁴⁴ Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 93

⁴⁵ O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 798, p. 43.

⁴⁶ Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim⁴⁷.

Sintetizando, a medida adequada é aquela que proporciona o alcance do fim pretendido.

Adentrando na máxima parcial da necessidade, propõe-se a analisar se a concretização de um dos direitos fundamentais colidentes é a menos gravosa com relação ao outro direito, sobre o qual prevaleceu. Assim, verifica-se a “existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido”⁴⁸, de modo que se opte pelo meio que menos intervenha no direito prevalecido.

Ao passar a análise da proporcionalidade em sentido estrito, estuda-se que há uma relação diretamente proporcional entre o prejuízo do direito constricto e a importância do cumprimento daquele que imperou no caso de colisão. Explica-se. Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou da redução de um direito fundamental, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Alexy apresenta três passos que devem ser seguidos na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Veja-se:

No primeiro é avaliado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio⁴⁹.

Deste modo:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao bem fundamental atingido⁵⁰.

⁴⁷ Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 165.

⁴⁸ Idem, p. 170.

⁴⁹ Teoria dos direitos fundamentais, p. 593-594.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 141.

Em outras palavras, os dois primeiros, como já explicado, correspondem à idoneidade do meio para atingir o fim (adequação) e à imprescindibilidade de sua utilização (necessidade). O terceiro se relaciona mais diretamente à estimação da quantidade da utilização do meio e da mensuração do fim: serve para investigar se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente.

Assim, ao operador do direito poderá bastar a análise das primeiras máximas parciais, para verificar sobre sua inadequação ou desnecessidade, não sendo necessário prosseguir na constatação da proporcionalidade em sentido estrito.

Conclui-se que o ponto fundamental é estabelecer, conforme as circunstâncias do caso concreto, uma relação de precedência entre os direitos colidentes.

Verificada a complexidade dessa análise e a especialidade de cada litígio, é natural que se encontrem decisões em sentidos diversos.

Veja-se:

Se e quando, diante de um outro caso concreto, aqueles mesmos princípios voltarem a entrar em estado de tensão – e novamente a depender das circunstâncias –, o tribunal poderá levar a cabo um balanceamento diverso, atribuindo maior peso ao princípio que, na situação anterior, recebera menor ponderação, sem que essa preterição circunstancial tenha acarretado sua exclusão do ordenamento jurídico ou qualquer redução, por mínima que seja, em sua densidade axiológica⁵¹.

Assim, não se pode falar que o juízo de proporcionalidade é totalmente discricionário. Isso porque, há alguns critérios a serem seguidos antes de eleger a solução proporcional ao caso.

A discricionariedade reside no fato que se trata de uma valoração de princípios, e não de aplicação de uma regra propriamente, onde cada julgador pode argumentar e apreciar de uma maneira diversa, mediante fundamentação, conforme se observará no último capítulo.

O estudo prosseguirá com a apresentação dos direitos fundamentais sobre os quais se fará a análise de suas hipóteses de colisão.

⁵¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional, p. 49.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E À MORADIA

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Já é praxe defender que a sociedade moderna e a globalização exigiram uma mudança e a instauração de uma nova ordem legal que atendesse à gerência dos riscos ambientais, inclusive por parte do Estado.

Em âmbito nacional, torna-se relevante destacar que, a partir da década de 30, como reflexo do início da industrialização e conseqüente êxodo rural, se deu a ocupação desordenada das cidades.

A população com anseio de ter sua moradia e carente de informação acerca dos dispositivos de proteção ambiental, combinada com o descaso do poder público na implementação e no dever de polícia daqueles preceitos legais, culminou por ocupar áreas ambientalmente frágeis, como as margens de cursos d'água, encostas de morro, mangues e dunas.

Assim, avaliou-se que a proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado influencia, em muito, a sadia qualidade de vida da sociedade. Portanto, era necessária a renovação ou a criação dos institutos jurídicos de forma que se tornassem aptos a tutelar efetivamente o direito ambiental e sua gestão pelo poder público.

Ocorre que, no Brasil, a CF/88 foi o primeiro diploma a incluir deliberadamente o direito ao meio ambiente como direito fundamental, de modo a definir o que seria o seu núcleo normativo e apresentar a necessidade de outras leis infraconstitucionais para concretizá-lo.

E assim se sucedeu. Incontáveis leis, portarias e resoluções foram editadas, com vistas a garantir aquele núcleo de proteção e proporcionar uma maior tutela ao meio ambiente.

Ocorre que, embora tenha tido um objetivo genuíno, essa extrapolação legislativa gerou e gera conflitos entre seus dispositivos, fator esse que impulsiona a necessidade de recorrer ao judiciário para decidir incontáveis demandas.

Mesmo assim, a maioria deles conseguiu dar maior amparo ao direito fundamental ao meio ambiente, particularmente, para o estudo em questão, às áreas de preservação permanente.

Far-se-á uma breve retrospectiva para demonstrar a evolução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma análise do conceito sugerido pelo ordenamento vigente a fim de verificar sua abrangência, assim como o fortalecimento do conceito e da compreensão social das áreas de preservação ambiental.

2.1.1 Considerações históricas sobre o meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro

Não se busca aqui verificar quais foram os primeiros tipos normativos voltados à tutela do meio ambiente, mas se pretende demonstrar a evolução legislativa sobre o tema, decorrente de uma conscientização da sociedade.

A revolução industrial e a massificação da indústria são consideradas como marco para o nascimento da sociedade de risco. Tal sociedade caracteriza-se pelo incremento da crise ambiental e pela constatação de que as lesões ao meio afetam a coletividade, de maneira transfronteiriça, transgeracional e transtemporal, e toda a comunidade de vida e os elementos abióticos que lhe dão sustentação. Não respeitando, definitivamente, os confins territoriais dos Estados e muito menos das suas subdivisões políticas artificiais.

Com base nessa causalidade complexa, está em jogo a qualidade de vida da própria humanidade e o bem comum da coletividade, a natureza. E apenas nas últimas décadas o meio ambiente está sendo alvo de proteção legal e debates mundiais.

Ante essa situação, em 1972 foi realizada a Conferência de Estocolmo, com o propósito de estimular ações governamentais e de organismos internacionais, bem como de oferecer diretrizes para o aprimoramento de proteção do meio ambiente, mediante cooperação internacional.

Naquele momento, o conceito de preservação ambiental extrapolou o conceito clássico de meio ambiente natural, alcançando também o meio ambiente humano. Assim se inseriu o homem dentro do contexto ambiental – e não como um mero espectador – e se entendeu como fundamentais todos os locais onde vivemos.

Para aprimorar esses conceitos, 20 anos mais tarde, foi realizada uma nova conferência a título mundial, no Rio de Janeiro. A ECO/92, como ficou conhecida, apontou direção pelo uso racional dos bens e para concepções como o desenvolvimento sustentável.

O tema do meio ambiente se encontra nas legislações brasileiras há muito tempo. Antes do tema ser tratado em texto constitucional, já havia esboços da intenção da sua proteção legal, sendo o mais significativo deles – pela especificidade e pela época em que foi criado – o antigo Código Florestal (Lei n. 4.771/65), que tinha como conteúdo também as áreas de preservação permanente. Pode-se citar ainda o Decreto n. 24.643/34 (Código de Águas); o Decreto-Lei n. 221/67 (Código de Pesca); Decreto-Lei n. 227/67 (Código de Mineração).

Como marco regulatório na seara ambiental, foi promulgada, em 1981, a Lei n. 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, bem como concebeu o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA –, que forneceu bases sólidas para a criação do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA –, órgão esse dotado de poder consultivo e deliberativo.

Ressalta-se também a importância da Lei n. 7.347/1985, promulgada logo em seguida da PNMA, que se disciplinou o ajuizamento da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente.

Ocorre que, somente na Constituição Federal da República Federativa de 1988 houve uma preocupação precípua de proteção específica a todas as formas do meio ambiente, de modo a torná-lo um direito fundamental da coletividade.

Sobre o tema, colhe-se o comentário de Édis Milaré:

A Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada “verde”, tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente. Na verdade, o Texto Supremo captou com indisputável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza –, traduzindo em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente. A dimensão conferida ao tema não se resume, a bem ver, aos dispositivos concentrados especialmente no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social – alcança da mesma forma inúmeros outros regramentos inseridos ao longo do texto e nos mais

diversos títulos e capítulos, decorrentes do conteúdo multidisciplinar da matéria⁵².

Outro marco legislativo sobre o tema é representado pela edição da Lei n. 9.605/1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, que trata das sanções penais e administrativas aplicáveis as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Dada essa guarida constitucional, inúmeros outros diplomas foram criados, de todos os âmbitos do Poder Público e de diversas hierarquias, orientados à proteção do meio ambiente.

O CONAMA, inclusive, editou uma diversidade de Resoluções que, à época, ante a inexistência de uma lei federal que definisse alguns parâmetros e conceitos, tiveram um bom desempenho com vistas à proteção ambiental.

Cita-se, como exemplo, as Resoluções CONAMA n. 302/2002, 303/2002 e 369/2009. As duas primeiras tratavam a respeito de definições e limites das áreas de preservação permanente. A última referida conferia as hipóteses de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental, em que era permitida a intervenção e a supressão de APPs.

Acerca da variedade legislativa em matéria ambiental, Milaré levanta um ponto assaz importante, mas, mesmo não sendo objeto do presente estudo, cabe sua transcrição:

No emaranhado de normas existentes, difícil mesmo é encontrar matérias nas quais não existam conflitos normativos, em que os dispositivos, nos vários níveis legislativos, falem a mesma língua. Nada mais proveitoso para o degradador ambiental do que a existência de normas que se antagonizam, com isso deixando o terreno livre para o exercício de atividades altamente lesivas ao meio ambiente⁵³.

E ainda:

Movemo-nos a custo em meio a um verdadeiro cipocal de leis, decretos-leis, medidas provisórias, decretos, resoluções e portarias a reger a matéria – já, apropriadamente, chamada de inflação legal ou “poluição regulamentar”.

Tal situação contribui para aumentar a insegurança e a incerteza jurídica de quantos militam na defesa do ambiente. Ademais, quando levadas à

⁵² Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168-169.

⁵³ Idem, p. 241-242.

apreciação do Judiciário, as divergências sobre as normas em vigor acabam por se tornar mais uma questão a somar-se à discussão do objeto central da demanda, o que torna ainda mais morosa a Justiça⁵⁴.

Buscando solução para a ordem normativa em matéria ambiental, no intuito de evoluir o tema e compilar os principais aspectos que o contornam, no ano passado, foi promulgado o Novo Código Florestal – Lei n. 12.651/2012. Após muito debate no Congresso Nacional o projeto teve sua aprovação na Câmara em 25 de maio de 2012.

O Novo Código Florestal, embora alvo de muitas críticas, conferiu avanços significativos no tratamento das APPs.

O primeiro deles diz respeito à definição dos manguezais como áreas de preservação permanente, em toda a sua extensão. Anteriormente, protegia-se apenas as restingas, com função fixadora de dunas e mangues (art. 2º, f, da Lei n. 4.771/1965).

O segundo é no tocante à própria definição de conceitos e parâmetros, que antes eram conferidos pelo CONAMA. Assim, as resoluções que previam essas matérias encontram-se revogadas, visto que sobreveio uma lei federal (lei federal x norma infralegal), que regulamentou expressa e exaustivamente todos os assuntos ali abordados.

Demonstrada a situação do nosso ordenamento jurídico no tocante à proteção do meio ambiente, far-se-á um exame do conceito adotado pela Carta Magna para, posteriormente, adentrar no mérito das áreas de preservação permanente.

2.1.2 O conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado expresso no art. 225 da CF/88

Elucidou-se que das legislações que orientam o tema meio ambiente, foi só a partir da Constituição Federal de 1988 que este ganhou a qualidade de bem jurídico ou valor constitucionalmente tutelado.

A fim de definir as características e estabelecer um conceito amparado pela Lei Maior estudar-se-á o preceito constitucional.

⁵⁴ Idem, p. 242.

Eis o disposto no art. 225:

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

A primeira característica que soa evidente é a titularidade deste direito. Por ser um direito fundamental de terceira dimensão, como será demonstrado no tópico seguinte, são titulares desse direito a coletividade como um todo. É “bem de uso comum do povo”.

Assim, é um direito transindividual, isto é, pertence à generalidade da sociedade, e não a ninguém isoladamente. Transcende próprio o indivíduo isoladamente considerado. Também denominado de direito metaindividual (além do indivíduo) ou supraindividual (acima do indivíduo).

Colhe-se da seguinte explicação:

O art. 225 estabelece a existência de uma norma vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reafirmando, ainda, que todos são titulares do referido direito. Não se reporta a uma pessoa individualmente concebida, e sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, o que demarca um critério transindividual, em que não se determinam, de forma rigorosa, as pessoas titulares desse direito.

O bem ambiental é, portanto, um bem que tem como característica constitucional mais relevante ser ESSENCIAL À SADIA QUALIDADE DE VIDA, sendo ontologicamente de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais⁵⁵.

Introduz-se outro aspecto de grande valor, qual seja sua compreensão como indispensável à qualidade de vida da população.

Sob uma outra perspectiva, verifica-se que cria um dever para a coletividade como titular e, essencialmente, para o Poder Público, através de prestações positivas (defender, preservar, fiscalizar, entre outras), não cabendo a Administração deixar de fazê-lo “a pretexto de que tal não se encontra entre suas prioridades públicas. Repita-se, a matéria não mais se insere no campo da discricionariedade administrativa”⁵⁶.

⁵⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179.

⁵⁶ MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente, p. 174.

Portanto, tal objetivo deve ser promovido e concretizado continuamente pelo Poder Público e pela própria coletividade, no sentido de tutelar e garantir uma vida digna e sadia aos seus cidadãos, e não só à presente geração.

Finalmente, chega-se ao seu caráter transgeracional. Preserva-se não apenas aos que agora habitam o planeta, mas para aqueles que habitarão, para que também possam desfrutar de maneira consciente os recursos naturais.

Para que haja uma efetiva participação solidária de todos os poderes estatais, representado pelo legislativo, executivo e judiciário, a CF/88, no art. 225, §1º, apresenta uma série de medidas protetivas a serem observadas pelo Estado. Verifica-se que o rol é apenas exemplificativo e não estático, tendo em vista o surgimento de novos riscos e ameaças provocados pelo desenvolvimento tecnológico.

Assim, na leitura de Canotilho:

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!⁵⁷

Percebe-se a tentativa de proteger o mínimo essencial ecológico, como resultado decorrente da combinação do exercício da iniciativa estatal e dos particulares, que visa a assegurar a proteção de níveis de qualidade dos recursos naturais indispensáveis à garantia de uma existência digna da coletividade.

Assim, um mínimo ecológico de existência tem a ver, portanto, com a proteção de uma zona ambiental existencial que deve ser mantida e reproduzida.

É expresso o reconhecimento de que o direito fundamental ao meio ambiente não encerra apenas uma perspectiva de pretensões, mas materializa também a proteção de valores indisponíveis e, sobretudo, de poderes de titularidade coletiva, atribuídos a toda sociedade.

⁵⁷ Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

Como revela a dicção do dispositivo constitucional, na parte dedicada à Ordem Social, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um valor que se universalizou como manifestação da própria existência humana, tanto pelo aspecto da subsistência da sociedade quanto pelo aspecto da qualidade de vida que essa busca.

Destaca-se o Princípio n. 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, em que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

Desta forma, mesmo ocupando lugar diverso do art. 5º da CF/88, deve agregar o rol dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

Essa é a visão doutrinária dominante que entende, nas palavras de Édis Milaré:

De fato, nosso legislador constituinte, a par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, acrescentou, no caput do art. 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, que diz com o desfrute de adequadas condições de vida em um ambiente saudável, ou, na dicção da lei, “ecologicamente equilibrado”. Direito fundamental que, enfatize-se, nada perde em conteúdo por situar-se topograficamente fora do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) da Lei Maior, já que esta admite, como é da tradição do constitucionalismo brasileiro, a existência de outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁵⁸.

E para corroborar esse entendimento e a conceituação antes apresentada, colhe-se do julgado da Corte Suprema:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS (...). COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQUENTE

⁵⁸ Direito do Ambiente, p. 258-259.

INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral [...]⁵⁹.

Ocorre que, num primeiro momento o caráter fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode trazer a ideia de que cada indivíduo é titular desse direito. Essa assertiva está parcialmente correta. Está correta, porque cada indivíduo considerado isoladamente é titular desse direito. Mas vai muito além, pois esse indivíduo não é seu titular único; ele divide a titularidade com toda a sociedade. É um conceito que transcende o caráter individual e abrange a coletividade.

Da leitura do aresto colacionado e do conteúdo revelado até o momento, conclui-se tratar de um direito fundamental de terceira geração.

Sobre a questão, ensina Hamilton Alonso Jr.:

Assim, inegável a inserção do meio ambiente sadio entre os direitos fundamentais dentro da concepção da evolução histórica dos direitos humanos, com a redefinição da cidadania no pós-guerra, onde surge a preocupação com os denominados “direitos de terceira geração”, cuja titularidade é dimensionada pela pessoa, não mais somente individualmente considerada, mas sobretudo de forma coletiva.

Dentro dessa progressão, sem sobreposição de um direito sobre o outro, mas sim mediante a compreensão integral e indissociável dos direitos fundamentais (de primeira e segunda gerações), o meio ambiente situa-se da segunda para a terceira geração de direitos, interagindo com os demais e podendo ser reconhecido também na quarta geração, ainda em fase embrionária, em tema como manipulação genética, alimentos transgênicos, clonagem, dentre outros temas que merecerão do direito (e de seus operadores) tratamento criterioso em razão de seu potencial transformador dos povos⁶⁰.

Da mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal já tinha se manifestado:

⁵⁹ ADI-MC n. 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *in* DJU 3/2/06; grifo inexistente no original.

⁶⁰ Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.

– O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade⁶¹.

A consolidação pela Carta Magna do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamental visa a nortear toda a legislação infraconstitucional e sua interpretação por parte dos operadores do direito, exigindo uma compreensão e aplicação sistemática dos valores constitucionalmente assegurados.

Sua inserção na terceira dimensão denota, além de uma abstenção da coletividade e do Poder Público em não degradar, uma prestação positiva por parte de todos, especialmente por parte daquele último.

2.1.3 Espaços ambientalmente protegidos: as áreas de preservação permanente

A CF/88 determinou ao poder público no art. 225, §1º, III, dentre outras obrigações:

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

Nessa terminologia - espaços territoriais especialmente protegidos -, também denominada “áreas ambientalmente protegidas”, estão consolidadas, dentre elas, as: [a] unidades de conservação, previstas na Lei n. 9.985/2000 – Lei do SNUC; [b] áreas de

⁶¹ MS n. 22.164-0/SP, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 17/11/95, 39206.

preservação permanente, previstas nos arts. 4º a 9º da Lei n.12.651/2012 – Novo Código Florestal; [c] reserva legal, disciplinada nos arts. 12 a 24 do Novo Código Florestal; [d] Mata Atlântica, com previsão no art. 225, §4º da CF/88, bem como na Lei n. 11.428/2006 e no Decreto n. 6.660/2008; e [e] zona costeira, regulada pela Lei n. 7.661/1988.

Ocorre que, mesmo sendo percebidas muitas divergências sobre as unidades de conservação e mata atlântica, a controvérsia, que é objeto desse estudo, cinge-se às áreas de preservação permanente, especialmente nas áreas urbanas, tendo em vista a dúvida acerca da aplicabilidade do antigo Código Florestal sobre elas, bem como ao fato de expansão e crescimento desordenado das cidades, que culminaram na sua ocupação indevida.

Na década de 30, o país sofreu um grande impulso na área industrial, fazendo com que as massas de mão-de-obra movessem e se concentrassem nos centros urbanos. A enérgica diminuição do valor do trabalho gerou um setor populacional bastante numeroso, empobrecido e incapaz de participar do mercado dentro de padrões considerados mínimos.

Verifica-se que a luta pelo acesso à moradia da população, geralmente a mais vulnerável, desprovida de conhecimento sobre das áreas de preservação ambiental, em conjunto com a negligência do poder público na criação de alternativas habitacionais e no seu poder de polícia, findou na ocupação de áreas territorialmente protegidas.

Além disso, o fato das APPs terem localização privilegiada, normalmente em áreas com alto valor paisagístico e econômico, desperta o interesse de grupos econômicos e das pessoas com maior poder aquisitivo, que, algumas vezes, ocupam essas áreas deliberadamente, mesmo tendo consciência de que era uma proibição legal.

As numerosas ocupações irregulares podem ser observadas da seguinte maneira:

O desrespeito à área de preservação permanente no meio urbano afeta o equilíbrio ambiental, por conseguinte, não haverá o almejado bem-estar dos cidadãos. Lembremos que “à medida que um núcleo urbano cresce e se densifica, cresce o uso dos recursos naturais disponíveis, eliminam-se coberturas vegetais para a abertura de novos loteamentos”; e, muito embora seja “a natureza composta de elementos que se constituem em poderosos recursos para a construção de um habitat urbano saudável e benéfico a todas as formas de vida”, “se estes forem ignorados e desrespeitados transformam-se em sérios problemas ou até em catástrofes, como aquelas que há séculos

têm castigado as cidades como é o caso dos deslizamentos e das enchentes ou inundações”⁶².

Essa situação adversa causa prejuízos de todas as ordens para a população e Poder Público, fato que seria minimizado, caso estas áreas fossem devidamente preservadas.

Antes de prosseguir, é necessário esclarecer o conceito dessas áreas de preservação permanentes.

No Código Florestal de 1965 já havia sua previsão. Ocorre que, ante a ausência de parâmetros para definição das áreas de preservação permanente na legislação federal, foram editadas as Resoluções CONAMA n. 302 e 303, de 2002.

Não se chegará a discutir aqui sobre a extrapolação da competência regulamentar do Conselho. Pretende-se registrar que, atualmente, essas resoluções encontram-se revogadas, visto que disciplinavam um código atualmente revogado pela nova legislação, que já aborda os assuntos tratados naqueles regulamentos.

O Novo Código Florestal definiu e delimitou as áreas de preservação permanente.

Eis a definição apresentada pela referida legislação:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

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

De acordo com a dicção do art. 4º, são consideradas APPs, tanto em zonas rurais como em urbanas, em apertada síntese: as faixas marginais de cursos d’água naturais (inciso I); os entornos de lagos e lagoas naturais, de reservatórios de água artificiais, de nascentes e olhos d’água (incisos II a IV); as encostas (inciso V); as restingas fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues (inciso VI); os manguezais (inciso VII); as bordas dos tabuleiros ou chapadas (inciso VIII); os topos de morros, montes, montanhas

⁶² SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – Ocupação de áreas protegidas: conflito entre direitos fundamentais? In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, mês/2010, vol. 60, p. 110.

e serras (inciso IX); as áreas com altitude maior a 1.800m (inciso X); e as veredas (inciso XI).

Vê-se que as APPs têm objetivo de garantir e preservar a integridade dos ecossistemas e a qualidade ambiental do meio e da população vizinha.

Sobre a importância dessas áreas:

Destarte, os arts. 3º e 4º do aludido Código tratam das florestas e demais formas de vegetação que não podem ser removidas, tendo em vista a sua localização e a sua função ecológica. Assim, a vegetação localizada ao longo dos cursos de água, nas encostas, nas restingas, ao redor de lagos e lagoas, ao longo das rodovias e ferrovias, entre outras, conforme discriminação constante desses artigos, dada sua importância ambiental, é considerada de preservação permanente⁶³.

É evidente que, além da função ecológica que possuem essas áreas, elas têm papel fundamental na proteção da própria população contra os acidentes naturais, cuja origem assenta na destruição desse espaço.

Deve-se fazer uma leitura dos dispositivos que tratam das APPs a partir da compreensão de que os limites ali erigidos – área non aedificandi – não são em função apenas de proteção ao meio ambiente.

Nesse sentido, Osny Duarte Pereira apud Alex Fernandes Santiago muito bem sublinhou:

Sua conservação não é apenas por interesse público, mas por interesse direto e imediato do próprio dono. Assim como ninguém escava o terreno dos alicerces de sua casa, porque poderá comprometer a segurança da mesma, do mesmo modo 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 outros males conhecidamente resultantes de sua insensatez⁶⁴.

Assim, considerando seus limites non aedificandi, cabe evidenciar que a própria lei que as define, prevê as hipóteses em que é permitida a intervenção ou supressão de APP.

O art. 8º da Lei n. 12.651/2012 prevê essa excepcionalidade à regra de não intervenção e já preferiu delimitar expressamente – e não deixar a cargo de mais outra

⁶³ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário, p. 1.253.

⁶⁴ SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – Ocupação de áreas protegidas: conflito entre direitos fundamentais? p.108.

Resolução do CONAMA – os conceitos das situações especiais de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental.

Conclui-se que as áreas ambientalmente protegidas são aquelas que desempenham função ecológica, de modo que “não se pode conceber as APPs desprovidas dessas funções que lhe são precípuas, sob pena de tornar letra morta a legislação inspiradora de sua criação, protegendo espaços indignos de tal tutela”⁶⁵.

Essa ressalva é deveras importante, porque possibilita um entendimento de que existem áreas que, em tese, são consideradas de preservação permanente, mas que na prática perderam aquela função essencial à sua caracterização como área ambientalmente protegida.

No tocante à perda da função ecológica, Guilherme José Purvin de Figueiredo ensina:

Tome-se, como exemplo, as avenidas marginais aos rios nas grandes cidades ou os bairros situados em regiões íngremes. À luz do Código Florestal, são de preservação permanente as margens desses rios, o topo de morros – caso da Avenida Paulista, em São Paulo – e as encostas de morros com inclinação igual ou superior a 45° - caso de algumas ruas no Bairro da Pompéia, também em São Paulo. Seria, porém, rematado despropósito pretender a demolição da infraestrutura urbana existente nessas áreas⁶⁶.

Essa verificação da existência ou não da função ecológica das APPs em muito vem sendo utilizada pelos julgadores, quando da análise de casos de colisões de direitos fundamentais, haja vista que o papel desempenhado num momento anterior, não é mais relevante ante outro valor que merece igualmente proteção legal.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

É evidente que a moradia é considerada uma necessidade básica do indivíduo, enquanto ser humano.

Reconhecido como direito desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sob a denominação de direito à habitação. Porém, só assumiu papel de direito

⁶⁵ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário, p. 1.255.

⁶⁶ A propriedade no Direito Ambiental. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 226-227.

fundamental no ordenamento jurídico brasileiro ao ser positivado pela Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, no rol dos direitos sociais (art. 6º).

Mesmo sendo um direito constitucionalmente assegurado, tem-se um déficit habitacional que pode ser considerado um dos fatores de propulsão para a ocupação de áreas ambientalmente protegidas e/ou de risco.

Mister é conhecer e aprofundar o significado desse direito, a fim de verificar as possibilidades de sua concretização e seu âmbito de proteção, quando em colisão com outro direito fundamental.

2.2.1 A evolução do direito fundamental à moradia

O direito à moradia surge, num primeiro momento, como direito humano previsto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 11, §1º. Os Estados que concordaram com seus termos devem reconhecer “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhora contínua de suas condições de vida”.

No primeiro capítulo desse estudo se apresentou a evolução dos direitos fundamentais e sua concretização em diferentes momentos da história. O direito à moradia, em se tratando de um direito social, é concebido como direito de segunda dimensão.

Esse entendimento deriva do fato que para ser concretizado é essencial a prestação positiva por parte do Poder Público.

Ensina José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições e vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade⁶⁷.

⁶⁷ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 286.

Uma moradia digna, portanto, não pode ser compreendida como aquela desprovida das condições básicas de habitabilidade. Assim, um casebre, um barraco de papelão, palafitas ou semelhantes não podem ser consideradas como tal, embora seja a realidade de muitas pessoas em nosso país.

Dessa forma, o Programa Nacional de Direitos Humanos, disposto no Decreto n. 4.229/2002 (atualmente revogado pelo Decreto n. 7.037/2009), apresentava entre as propostas de ações governamentais, em seu Anexo I, seção Garantia do Direito à Moradia, 417:

Promover a moradia adequada, incluindo aspectos de habitabilidade, salubridade, condições ambientais, espaço, privacidade, segurança, durabilidade, abastecimento de água, esgoto sanitário, disposição de resíduos sólidos e acessibilidade em relação a emprego e aos equipamentos urbanos, por meio da criação, manutenção e integração de programas e ações voltadas para a habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Logo, o direito à moradia deve ser compreendido sob o viés da qualidade de vida das pessoas.

Em 2000, uma alteração constitucional elevou a moradia à qualidade de direito constitucionalmente assegurado, ampliando o rol dos direitos sociais, a partir da Emenda Constitucional n. 26.

O direito à moradia ainda é citado em outros dispositivos como o artigo 7º, IV:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Também na organização político-administrativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a CF/88 apresenta diversas competências, como, por exemplo, a promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX).

A avaliação das condições do direito à moradia no cenário urbano brasileiro implica a compreensão da ocupação e crescimento das cidades. Nesse sentido, torna-se relevante destacar que, a partir da década de 30, como reflexo do início da

industrialização e consequente êxodo rural, se deu a ocupação desordenada das cidades brasileiras.

Ocorre que esse crescimento desordenado trouxe, portanto, uma grande margem de degradação ambiental e uma quebra na qualidade de vida das pessoas.

Na tentativa de regularizar essa situação, o Guia do Estatuto da Cidade defende que:

O direito à moradia e o direito às cidades sustentáveis, reconhecidos como direitos humanos pelos sistemas internacional e nacional de proteção dos direitos humanos, são os fundamentos para a promoção de uma política urbana que priorize a urbanização e regularização dos assentamentos precários, visando melhorar as condições de vida, tanto no aspecto da moradia como no aspecto ambiental (implantação de rede de esgoto e tratamento dos resíduos, canalização dos córregos, educação ambiental, recuperação e reposição de áreas verdes)⁶⁸.

A garantia de proporcionar a qualidade de vida dos habitantes da cidade exige uma estreita ligação entre as normas ambientais e urbanísticas.

Assim também é a dicção do artigo 4º da Lei n. 6.938/1981, cujo um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente é a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

O Estatuto das Cidades também regulamenta a moradia como objetivo da política urbana, a saber:

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;

Recentemente, foi editada a Lei n. 11.977/2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, cuja finalidade é a criação de mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais.

⁶⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Instituto Pólis, 2001, p. 162.

A inspiração destes diplomas busca a concretização da proteção do ser humano em sua plenitude.

Portanto, percebe-se que o direito à moradia é um direito essencial, agora robustecido com sua expressa menção no elenco do artigo 6º; proporcionando, no mínimo, uma maior exigência de sua concretização.

2.2.2 O conteúdo do direito fundamental à moradia

O direito à moradia está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar a necessidade de efetivação prática deste direito, como forma de garantir qualidade de vida para as pessoas.

Diferentemente do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja titularidade é da coletividade (transindividualidade), a moradia é um direito que cada indivíduo detém isoladamente.

Vê-se muita confusão do direito à moradia com o direito à propriedade. Portanto, para fim de esclarecimento, apresenta-se o entendimento do Ministro Cezar Peluso:

[...] o direito à moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O direito à moradia é direito que deve ser reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia⁶⁹.

Sobre a importância do direito à moradia, Ingo Sarlet dispõe não ser concebível um indivíduo:

[ficar] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade,

⁶⁹ STF, RE n. 407688/SP, Relator Cesar Peluso, in DJ 06/10/2006.

aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida⁷⁰.

Como um direito social, a moradia merece especial atenção do Poder Público, de modo que sua implementação ocorra de modo progressivo. Portanto, incumbe àquele a adoção de medidas que concretizem efetivamente o direito em questão.

Fiorillo engrandece o assunto ao relacionar o direito à moradia com outros direitos fundamentais:

O direito à moradia, apontado no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade assegura a brasileiro e estrangeiros residentes no País o uso de determinada porção territorial no âmbito das cidades (dentro de sua natureza jurídica de bem ambiental), denominado direito à casa (art. 5º, XI, da CF), para que possam ter um local destinado a assegurar um asilo inviolável com a finalidade de garantir fundamentalmente seu direito à intimidade (art. 5º, X), seu direito à vida privada (art. 5º, X), assim como a organização de sua família (arts. 226 a 230)⁷¹.

Eis o significado emprestado por José Afonso da Silva:

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanente⁷².

Portanto, percebe-se a intenção de que o direito à moradia seja intrinsecamente ligado com a finalidade daquela de ocupação permanente de determinado lugar.

Nesse sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. SEM LICENÇA E SEM PROJETO APROVADO. Deve ser cessada a obra e demolida a construção realizada em área de preservação permanente (enseada do Saco da Mangueira, no Município do Rio Grande), sem licença e sem projeto aprovado, conforme auto de infração lavrado pela Prefeitura, uma vez que é causadora de dano ao meio ambiente, com conseqüente impacto na flora e fauna do local decorrente da produção de resíduos sólidos e líquidos (que estão sendo ali depositados). **Hipótese em que não conflito com o direito de moradia**

⁷⁰ O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, Ano1, n. 2, jul/set 2003, p. 82.

⁷¹ Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 544-545.

⁷² Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 314.

porque a construção não é moradia do réu, que reside em outro endereço⁷³.

Colhe-se da orientação majoritária adotada pelos julgadores que o direito à moradia se caracteriza apenas quando o indivíduo a utiliza especificamente para esse fim. Neste caso, não contam como moradia as casas de veraneio ou de campo, visto não corresponder com o significado de residência, e não ter o mesmo valor que o lar propriamente.

Demonstrada a intenção do Poder Público em concretizar o direito à moradia e sua essencialidade, conclui-se que em muito se relaciona com o princípio basilar da nossa sociedade. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da CF/88.

Esse mesmo princípio é intrínseco ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que garante a condição humana frente aos recursos naturais.

Verifica-se, pois, o quão relacionado está o tema da moradia com o do meio ambiente, bem como a necessidade de intervenção do Poder Público no sentido de, por um lado garantir a toda população, principalmente a de baixa renda, o mínimo existencial.

⁷³ TRF4, AC n. 5004541-59.2012.404.7101, Relator Candido Alfredo Silva Leal Junior, in DE 14/06/2013.

3. A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E À MORADIA

É necessário delimitar o tema do presente estudo, de modo que serão analisados apenas os casos de colisão entre o direito à moradia e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no tocante às áreas de preservação permanente, visto que sobre elas cinge grande controvérsia e são objeto frequente das atuais ocupações irregulares.

Ademais, neste capítulo se evidenciará aqueles casos em que se constata a efetiva colisão entre os direitos fundamentais e não apenas os conflitos aparentes.

Isso porque, em determinadas situações, deve ser afastada a ocorrência de uma real colisão de direitos, focando-se no próprio conceito do direito fundamental em jogo, uma vez que o litígio extravasa do âmbito de proteção oferecida pela norma de direito fundamental.

Em outras palavras, significa que a reivindicação do indivíduo no conflito aparente não se inclui no âmbito de proteção do direito por ele invocado.

Toma-se como exemplo, uma situação em que o Juízo conclui pela compatibilização dos direitos fundamentais, mas que na verdade se refere a um conflito aparente, visto que um dos direitos sequer existe no caso apresentado. Veja-se:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERRENO URBANO. CENTRO DA CIDADE DE PORTOBELO. POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ZONA URBANA. CASO NÃO VERIFICADO NOS AUTOS. MANGUE. INEXISTÊNCIA. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO A MORADIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. COMPATIBILIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Trata-se de zona urbana hígida e ocupada, e não vislumbro tenha o réu procedido a dano ambiental compatível com as pretensões veiculadas pelo Ministério Público Federal e pelo IBAMA. Embora pacífico o entendimento de que a obrigação de reparar dano ambiental é propter rem, a mesma jurisprudência destaca que tal determinação deve ser aplicada com razoabilidade. Qualquer entendimento em sentido contrário relegaria a todos os proprietários de imóveis de todas as cidades litorâneas o dever de restabelecimento do status quo, o que é reconhecidamente inviável. O equilíbrio entre o meio ambiente saudável para as atuais e futuras gerações e o direito à moradia e à existência digna destas mesmas atuais e futuras

gerações deve e pode ser compatibilizado. A sentença proferida nestes autos anda nesta esteira, motivo pelo qual a mantenho⁷⁴.

Assim, não havendo área de preservação permanente, não se pode falar em direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nesse caso, visto que o dispositivo que tutela as APPs é a própria concretização desse direito.

Portanto, tendo em vista que somente o direito à moradia subsistiu no caso apresentado, não restou configurada a colisão entre direitos fundamentais, embora conste do r. acórdão a compatibilização entre eles.

Apresentar-se-á, nesse momento, os casos em que foi constatado o critério da harmonização entre os direitos fundamentais.

3.1 OS CASOS DE HARMONIZAÇÃO

O conflito de direitos fundamentais não se resolve de forma abstrata, mas sim à luz do caso concreto.

Retomando o que já foi exposto, ressalta-se que a limitação de direitos em virtude de eventual colisão entre princípios fundamentais deve ser exceção, cabendo ao intérprete procurar primeiro harmonizá-los, por meio da concordância prática.

A própria essência fundamental dos direitos em tela, sendo um deles pertencente às futuras gerações e outro inerente à própria condição de dignidade do indivíduo, leva à conclusão de que, inicialmente, deve-se tentar sempre harmonizá-los, antes de adotar a máxima da proporcionalidade, a qual resultará na prevalência de um direito em detrimento do outro.

Sobre o complexo tema, Miguel Reale faz uma importante elucidação:

Essa colocação do problema, penso eu, é uma decorrência da compreensão da ética com a ciência axiológica ou valorativa por excelência, que vai se enriquecendo, anos após anos, de novos valores fundantes, o último dos quais é o ecológico, que, todavia, não pode prevalecer sobre o da pessoa humana e seus imperativos existenciais, o que é esquecido por certos ecologistas com grave dano para a coletividade⁷⁵.

⁷⁴ TRF4, AC n. 5004049-71.2011.404.7208, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, in DE 01/02/2013; grifou-se.

⁷⁵ Variações Sobre Ética e Moral. In: Variações 2, Academia Brasileira de Letras, 2003, p. 6.

Com um olhar mais atento, defende Marcelo Buzaglo Dantas:

De fato, pela própria natureza do direito fundamental em tela, que pertence inclusive às futuras gerações, deve se tentar sempre harmonizá-lo com o direito com o qual colide, antes de se partir para a ponderação, que irá resultar no afastamento de um dos direitos e na prevalência do outro.

E assim deve ser não apenas porque a questão ambiental é de extrema relevância para as presentes e futuras gerações, mas também porque é da própria índole do Direito Ambiental a composição. Pode-se dizer que, de um lado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é extremamente conflituoso, de outro ele também é bastante flexível, admitindo concessões que permitam que de algum modo se faça prevalecer o interesse a que visa a tutelar⁷⁶.

Demonstrado o modo ideal de tratamento das hipóteses de colisão de direitos fundamentais, em que se busca o maior grau de efetivação de cada direito, verificar-se-á que existem julgados que utilizam essa medida de maneira sensata.

No primeiro caso, em sede de apelação, a eg. Terceira Turma do TRF4 decidiu, de forma muito prudente, pela demolição da construção ilegal e recomposição integral do meio, somente após o Poder Público designar moradia alternativa adequada a sua família:

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

Tendo em vista que não há direito fundamental absoluto, havendo o embate entre o direito fundamental difuso ao um meio ambiente hígido e o direito fundamental à moradia, que perpassa pela dignidade da pessoa humana, em que pese a prevalência geral do primeiro, porque sensível e afeto a toda a coletividade, há casos da prevalência deste, afim de garantir o mínimo existencial no caso concreto. Trata-se de prevalência, jamais total subrogação de um sobre o outro. Desta forma, demonstrada ocupação de área de preservação permanente ou terreno de marinha, com fins de moradia por tempo considerável, deve o possessor demolir a construção ilegitimamente levada a efeito, recompondo o meio integralmente ou pagando multa indenizatória direcionada para tal fim. Entretanto, a desocupação somente poderá ser efetivada após garantia do Poder Público de designação de novo local adequado para moradia da família⁷⁷.

A sentença de primeiro grau havia julgado parcialmente procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, a fim de condenar o Município de

⁷⁶ Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. São Paulo, 2012, 463p., Dissertação – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 189.

⁷⁷ TRF4, AC n. 2005.04.01.020586-8, Relatora Maria Lúcia Leiria, in DE 04/11/2009.

Florianópolis e os particulares a cumprirem obrigação de fazer consistente em promover a demolição e retirada das edificações em APP, além de providenciar a recuperação da vegetação nativa.

É evidente a colisão entre os dois princípios estudados, visto que a edificação estava erigida sobre área de preservação permanente – non aedificandi – e os réus possuíam o imóvel impugnado como único abrigo da família.

Em suas razões, observou que “não há direito fundamental absoluto” e adotou a fundamentação de um colega, em caso semelhante⁷⁸:

Não há dúvida nos autos quanto a duas realidades: (1) a ré é pessoa pobre, vivendo em humilde residência com sua família há vários anos e (2) o local onde habita é área de preservação permanente, de propriedade da União, configurando dano ambiental.

Neste contexto, tenho que a sentença andou bem ao concluir pela necessidade de demolição do imóvel e recuperação da área degradada. Todavia, com a devida vênia, é necessário ir além.

Ao lado do direito ambiental, há que se atentar para a força jurídica do direito fundamental à moradia. A atuação estatal, aí incluídas a ação do Ministério Público Federal e o exercício do poder jurisdicional, não pode olvidar este dado normativo fundamental, sob pena de enfraquecimento do texto constitucional, que deve ser interpretado de acordo com os princípios hermenêuticos da força normativa da Constituição e da eficácia integradora.

Da maneira como restou decidido, os dois direitos fundamentais em jogo conseguiram coexistir numa mesma situação. Esse deve ser o principal objetivo a nortear os intérpretes no momento de julgar um litígio envolvendo caso de colisão de direitos fundamentais.

Não foi outro o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE - APP. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA DIGNA E À PROTEÇÃO INTEGRAL E ABSOLUTA PRIORIDADE DE INCAPAZ. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MEIO AMBIENTE DEVE SER SUPERADO ANTE A INCURIA DO PODER PÚBLICO. DEMOLIÇÃO SÓ APÓS A EXISTÊNCIA DE HABITAÇÃO PELO ESTADO PARA A APELANTE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA REPARAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. APELO PROVIDO⁷⁹.

⁷⁸TRF4, AC n. 2006.72.04.003887-4, Juiz Federal Convocado Roger Raupp Rios, in DE 10/06/2009.

⁷⁹ TJSP, AC n. 0000957-69.2010.8.26.0642, Relator Otávio Henrique, in DE 25/07/2011.

Aqui se entendeu pela reforma parcial da sentença que julgou procedente a ACP, condenando o particular em demolir a edícula construída em área de APP, visto se localizar no entorno da Lagoa do Peri, Florianópolis/SC, além do pagamento de indenização em dinheiro ante os danos ambientais perpetrados.

Segundo demonstrado nos autos, a apelante edificou uma edícula destinada à moradia sua e de suas filhas menores, em APP, suprimindo a vegetação lá existente.

Embora no aresto tenha sido levantada a hipótese de aplicação da proporcionalidade, em favor ao direito à moradia da apelante, a solução encontrada foi de compatibilização deste com o direito ao meio ambiente, ante a de dois direitos constitucionalmente assegurados. Veja-se:

Neste cotejo, há que se equilibrar estes dois dogmas constitucionais, sem a violação do direito à moradia ou à preservação do meio ambiente, somando, ainda, face a existência de dois filhos menores da APELANTE na edícula por ela erguida, a proteção integral e de absoluta prioridade quanto a estes, também em texto constitucional lançado no artigo 227, “caput”, da Constituição Federal.

[...]

No caso em pauta, para ter uma habitação digna para si e suas filhas, a APELANTE construiu em local não permitido mas o único disponível face a sua potencialidade econômica, assim procedendo ante a total ausência do Poder Público quer na fiscalização do meio ambiente quer na obrigação de promover habitação digna aos seus tutelados.

Assim, decidiu-se que “a apelante deve permanecer no local até a existência de habitação para ela e suas filhas e, consolidada esta hipótese, o Poder Público poderá demolir as benfeitorias e promover a recuperação ambiental necessária”.

Para não prolongar demais o presente estudo e tendo em vista que se trata de situações muito semelhantes em que se compatibilizou os direitos em voga, pode-se conferir ainda:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE. DIREITO À MORADIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO. DESIGNAÇÃO DE NOVO LOCAL PARA HABITAÇÃO DA FAMÍLIA.

- O direito fundamental à moradia perpassa pela dignidade da pessoa humana. Este princípio da dignidade da pessoa humana constante no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal é um dos fundamentos do Estado brasileiro.

- O que se revela mais adequado aos fins pretendidos, com relação ao direito à moradia, é a determinação de que a desocupação ocorra após o Poder

Público local designar um lugar apto à moradia do réu e sua família, porquanto a determinação de desocupação não pode ser adotada, sem que se observe a maior eficácia do direito à moradia⁸⁰.

E do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, colhe-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DO CONDE/PB. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO MODESTA DE UNIDADE RESIDENCIAL. DEMOLIÇÃO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. ART. 225 CF/88. INTELIGÊNCIA. APELAÇÕES E REMESSA IMPROVIDAS.

1. Conflito entre direitos fundamentais: meio ambiente equilibrado e moradia. Princípio da proporcionalidade. Inteligência
2. Se a sentença reconheceu que a construção de modesta moradia, sem nenhuma proibição municipal, em área de preservação permanente - manguezal - não oferecia maiores perigos, desde que não se aumentasse, proibindo que se realizassem outras obras e obrigando o Município de Conde/PB a exercer fiscalização específica, aplicou, com correção, o princípio da proporcionalidade, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.
3. O Município - ente público integrante da federação brasileira e, bem por isso, integrante do Poder Público - tem o dever de velar pela manutenção dos manguezais de seu território. Inteligência do art. 225 da CF/88.
4. Apelos e remessa oficial desprovidos. Sentença mantida por seus próprios fundamentos⁸¹.

Explicitou-se a melhor maneira de solucionar as colisões de direitos fundamentais: sua concordância prática. Ocorre que isso nem sempre é possível.

Nestes casos, o julgador tem que se valer da máxima da proporcionalidade, que retira, da maneira que pode, o grau de discricionariedade nela imbuído, e decidir conforme as circunstâncias de cada caso.

3.2 OS CASOS DE APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E ANÁLISE DAS MÁXIMAS PARCIAIS DA ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Verificado que a harmonização falhou, deve-se utilizar o critério da ponderação de princípios, seguindo a lógica de se observar qual princípio é o mais relevante, por possuir, no caso em exame, maior peso ou valor.

⁸⁰ TRF4, EI n. 2005.04.01.032019-0, Relator Jorge Antonio Maurique, in DE 19/01/2011.

⁸¹ TRF5, AC n. 415514/PB, Relator Francisco Wildo, in DE 07/10/10.

Nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, deve-se proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto, na tentativa de realizá-los na maior intensidade possível, considerando os elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.

Lembra-se que:

O importante é perceber que essa prevalência somente é possível de ser determinada em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. No máximo, pode-se colher de um precedente uma regra de solução de conflitos, que consistirá em afirmar que, diante das mesmas condições de fato, num caso futuro, um direito haverá de prevalecer sobre o outro⁸².

Ressalta-se que “trata-se de prevalência, jamais total subrogação de um sobre o outro”⁸³.

Adentrar-se-á nos estudos dos casos concretos e como essa máxima vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário.

3.2.1 Análise jurisprudencial a favor do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Inicia-se ao estudo dos julgados a partir da análise de uma apelação interposta pelo Município contra sentença que, na ação demolitória ajuizada em face ao particular, julgou improcedente o pedido, com base na regra da proporcionalidade, entendendo que o direito à moradia, neste caso, encontra-se em patamar superior ao bem ambiental.

Em sede de apelação e com base nos fundamentos que serão apresentados logo em seguida, o Tribunal reformou a sentença, em que pese todo o senso humanitário externado pelo juiz a quo, para determinar a demolição da edificação do particular. A ementa restou vazada da seguinte maneira:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DEMOLITÓRIA - OBRA CONSTRUÍDA SEM AUTORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO - DESRESPEITO AO EMBARGO ADMINISTRATIVO - DESOBEDIÊNCIA AO AFASTAMENTO MÍNIMO DA MARGEM DO RIO (ART. 2º, A, 2, DA LEI 4.771/65)- ÁREA DE

⁸² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, p. 183.

⁸³ TRF4, AC n. 2005.04.01.032019-0, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, in DE 26/11/2009.

PRESERVAÇÃO COM USO LIMITADO - INEXISTÊNCIA DE ACESSO PÚBLICO OFICIAL - EDIFICAÇÃO QUE EXCEDE O GABARITO - IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO - PREPONDERÂNCIA DO DIREITO COLETIVO AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO EM DETRIMENTO DO DIREITO À MORADIA - REFORMA DA SENTENÇA QUE INDEFERIU O PLEITO DEMOLITÓRIO AJUIZADO PELO MUNICÍPIO - RECURSO PROVIDO. Considerando que restou comprovado nos autos que a construção foi realizada sem a devida autorização do Município, bem como que é impossível regularizar tal situação eis que a obra não obedece aos afastamentos mínimos estabelecidos em lei, cabível, pois, a actio demolitória. "Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licenciamento para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas." (Hely Lopes Meirelles. Direito de Construir. RT, 3 ed., p. 185). "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. (...) Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada." (MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116) É hialino que o meio ambiente, direito de terceira geração, de interesse difuso e coletivo, das presentes e futuras gerações, deve estar sobreposto aos interesses individuais, mormente nos casos em que verifica-se flagrante o desrespeito às normas de proteção a natureza⁸⁴.

Dos autos depreende-se que o particular realizou a construção do imóvel sem as devidas licenças em área de preservação permanente (faixa marginal de rio). Da vistoria realizada restou comprovado que a obra excede o gabarito estipulado para a região e não conta com acesso público oficial.

Diante desse breve relato dos fatos, verifica-se a intenção inicial pela legalização da obra, com o fim de harmonizar o direito ao meio ambiente com o direito à moradia. Ocorre que, ante todas as irregularidades cometidas, uma vez que a construção foi realizada clandestinamente, entendeu-se não haver possibilidade de legalização da edificação.

Embora não tenha sido expresso, a Primeira Câmara de Direito Público utilizou a máxima da proporcionalidade. Comparar-se-ão os argumentos adotados com o estudo das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira pergunta que deve ser respondida é se a medida demolitória é adequada para a consecução da finalidade de proteção à APP? Sim, pois a demolição é a

⁸⁴ TJSC, AC n. 2008.071720-2, Relator Sérgio Roberto Baasch Luz, in DE 22/04/2009.

medida viável para impedir a continuação do impacto da residência à área de preservação permanente.

A segunda pergunta se refere à necessidade, de modo que se averigüe a possibilidade de haver outro meio menos gravoso ao direito prevalecido, qual seja à moradia. Não se tem todas as informações do processo, mas imaginou-se no possível afastamento da residência para que então respeite uma faixa maior de proteção. Mesmo nessa hipótese, a edificação ainda estaria inserida em APP. Portanto, para chegar ao fim colimado, a medida demolitória é a única necessária neste caso.

Quanto à análise da proporcionalidade em sentido estrito, valora-se o fato de que a obra é totalmente clandestina, visto que nunca foi detentora de alguma autorização expedida pelo órgão competente, tendo o particular, inclusive, desrespeitado o termo de embargo para dar continuidade às obras, além de que se trata de um direito transindividual, que merece tratamento privilegiado em detrimento daquele individual.

Nesse aspecto, restou consignado no voto:

Diante do esposado é possível visualizar que a abrangência e a relevância da matéria que ora se discute transpassa o limite do individual para alcançar o coletivo. Desse modo, é inadmissível dar-se tratamento a uma questão de forma individualizada, quando o que se está a discutir atinge toda uma coletividade.

[...] Coadunando o expedindo, restou cristalino que o meio ambiente, direito de terceira geração, de interesse difuso e coletivo, das presentes e futuras gerações, deve estar sobreposto aos interesses individuais, mormente em casos como este, em que o desrespeito às normas de proteção a natureza salta aos olhos.

Em outro caso, a ACP, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, tinha como propósito, com a chancela do Poder Judiciário, a demolição das construções edificadas pelos autores em área de preservação permanente (dunas) e, portanto, non aedificandi.

Acredita-se que, por uma simples leitura do acórdão, a residência dos autores é considerada uma das mais modestas e eles não têm condições favoráveis à alternativa locacional de sua habitação.

Por tal motivo, o juízo singular enfrentou a problemática da colisão entre as normas escudado no critério da proporcionalidade e elegeu o direito à moradia como preponderante ao direito fundamental ao meio ambiente.

O voto adota as razões lançadas pelo parecer ministerial e reforma a sentença de primeiro grau, com a seguinte ementa:

DIREITO AMBIENTAL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESIDÊNCIA EDIFICADA SOBRE DUNAS. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E, PORTANTO, NON AEDIFICANDI. IMPOSSIBILIDADE, POR CONSEQUENTE, DE SER REGULARIZADA. EVIDENTE PREJUÍZO AO MEIO AMBIENTE, DIANTE DA FALTA DE SANEAMENTO BÁSICO NO LOCAL. NOTÍCIA, ADEMAIS, DE QUE OUTRAS CONSTRUÇÕES ENCONTRAM-SE EM ANDAMENTO NAS PROXIMIDADES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. "É legítima a demolição de obra concluída em desobediência ao embargo administrativo expedido pelo Município, em virtude de estar desprovida de alvará de licença para a construção, em desacordo com a legislação municipal, e localizada às margens de rio, área de preservação permanente, sendo irrelevante a existência de outras edificações irregulares nas proximidades. Se a demandada deu prosseguimento à obra embargada, o fez por conta e risco próprios e, por isso, não pode alegar que já está concluída, porque tinha ciência de que a construção estava irregular e de que não poderia concluí-la" (Ap. Cív. n. 2007.058081-5, de Tubarão, rel. Des. Jaime Ramos). Hipótese em que, tanto à luz do Código Florestal como da legislação municipal, a obra encontra-se em área non aedificandi, afora o fato de que não conta com o necessário alvará, o que obsta a sua regularização. Irregularidade que não pode ser justificada e admitida pela existência de outras construções na região, pois a "isonomia, princípio de igualdade perante a lei, não é aplicável à ilicitude" (Ag n. 813.587, rel. Min. Ari Pargendler)⁸⁵.

A controvérsia posta nos autos gravita em torno de se balancear o direito social à moradia e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, entendeu-se a prevalência do segundo pelo primeiro.

Entende-se que, como nos casos anteriormente apresentados em que houve a compatibilização dos direitos em jogo, aqui também seria possível. É uma área de preservação permanente e os particulares ocupantes são pessoas de baixa renda que não possuem opção de moradia. Além disso, o próprio Município permaneceu inerte por um bom tempo, como se depreende da seguinte passagem:

As construções datam, no mínimo, do ano de 1997. A ação civil pública foi ajuizada em 5 de junho de 2007. Persistiram, portanto, por anos, sem que o Poder Público, muito menos o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, tomasse qualquer providência. Não é um despropósito dizer, ainda que sob o risco de se ser ofensivo, que foram coniventes com as obras [...].

⁸⁵ TJSC, AC n. 2010.055031-7, Relator Vanderlei Romer, in DE 02/12/2010.

Feita essa observação, iniciar-se-á a análise da máxima da proporcionalidade. Primeiramente, responde-se se a demolição é medida adequada para a proteção da APP em comento? Como demonstrado na situação anterior, a resposta é positiva. A retirada da construção e a recuperação da área são as medidas adequadas para se chegar ao objetivo de tutela ambiental.

Agora, a demolição é medida necessária? Não existem outros meios menos gravosos ao direito fundamental à moradia? Levando-se em consideração que o imóvel todo se situava em APP, não (se apenas uma parte dele, poderia se exigir um afastamento ou redução da edificação, de modo que respeitasse a área de preservação permanente).

Quanto à análise da proporcionalidade em sentido estrito – momento esse que realmente se sopesam os valores do litígio – percebe-se que o fato relevante para a solução da controvérsia refere-se à ocupação cada vez mais frequente nessa localidade, inclusive, nas APPs. Assim, pensando na generalidade, e não se limitando apenas ao caso em questão, a adoção dessa medida é adequada, necessária e proporcional. Caso contrário, se abriria um precedente e a ocupação das dunas seria irreversível.

Assim, mesmo sendo a construção clandestina, que desrespeita todas as normas ambientais e desprovida das licenças necessárias, e considerando a própria função das APPs, como meio de concretizar o direito fundamental ao meio ambiente, de titularidade metaindividual, inerente a toda a coletividade, acredita-se que o direito à moradia, nesse caso, foi aniquilado.

O r. acórdão concluiu que “o direito de moradia não pode prevalecer sobre a obrigação do Poder Público e de todos de preservar o meio ambiente”.

Deveria, de alguma forma, ter encontrado uma solução, ainda que provisória, à família que ali residia.

3.2.2 Análise jurisprudencial a favor do direito à moradia

O primeiro caso a se analisar trata de uma ACP ajuizada pela FLORAM contra ré particular por ter construído, sem a devida autorização, uma casa de madeira de 18m² em área de preservação permanente. Requereu sua demolição e a recuperação da área

degradada, além da condenação no pagamento de indenização por danos ao meio ambiente.

O Ministério Público, na figura de custos legis, asseverou que, na hipótese sub judice, se buscava a demolição em suposta APP de "simplório casebre de madeira, ocupado por senhora pobre, deficiente física e desempregada".

Cabe ressaltar que o fundamento do embargo da obra pela SUSP foi a falta de licença para construção, tendo a FLORAM, posteriormente, concluído que se tratava de local designado no zoneamento municipal como Área de Preservação Permanente. Em nenhum momento se falou em supressão de vegetação para construir.

Inicialmente, o douto Juízo tentou, nos moldes como nos casos apresentados no tópico anterior, uma compatibilização desses direitos fundamentais, no sentido que o Município foi instado por diversas vezes a tomar as providências necessárias à transferência da moradia da ré, sem obter êxito.

Por conseguinte, a sentença, muitíssimo bem fundamentada, trouxe as lições de Robert Alexy, de modo que utilizou a máxima da proporcionalidade para fazer prevalecer um direito em detrimento de outro.

Num primeiro momento da análise, a sentença entendeu que a demolição e a recuperação da área podem ser enquadradas como adequada e necessária para a proteção do direito ao meio ambiente. Contudo, restringir esse problema à construção em questão em nada adiantaria para solucionar o problema apresentado.

Dessa forma, partiu-se para a terceira máxima parcial. Dos documentos colacionados aos autos, depreendeu-se que: [a] se trata de área ocupada há muito tempo, habitada por pessoa deficiente física, junto com seu filho; [b] a pobreza da ré é notória, visto que sobrevive com o benefício mínimo recebido da Previdência Social; [c] a construção de madeira possui 18 m², erigida com a ajuda da comunidade local, sobretudo da Associação de Moradores, que, preocupados em proporcionar à ré um teto, utilizaram também sobras de materiais de construção das modernas e novas edificações da redondeza.

A análise da proporcionalidade em sentido estrito, com base nas circunstâncias fáticas acima relatadas, concluiu pelo favorecimento do direito à moradia, em detrimento ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, concluiu pela improcedência do pleito inicial, de modo que:

Por todas as condições e aspectos mencionados, não se verifica, então, gravidade nas razões apresentadas pelo poder público que possam autorizar ou que justifiquem a desocupação do imóvel, mesmo em se tratando de área de preservação permanente. Desalojar pessoa deficiente física, sem condições financeiras, tornar-se-ia medida desproporcional à resolução do conflito. Assim, deve-se fazer prevalecer o direito social à moradia, já que mais relevante no caso concreto.

E ainda prestou uma queixa à Administração Pública:

Por outro lado, destoa da atuação do Poder Público, afrontando também os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que entes públicos de proteção ao meio ambiente, como os ora autores, unam esforços no pólo ativo de uma ação civil pública para coibir a ocupação de singela residência em área urbana, quando ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao meio ambiente, ocasionando indivíduos "sem-teto" ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos⁸⁶.

Como tratado no tópico específico (2.2.2), percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está sempre relacionado aos casos em que a moradia mostra-se mais importante do que o meio ambiente em que se insere.

Desta sentença, foi interposta apelação pela FLORAM, IBAMA e IPHAN. Este último justifica sua atuação pela área situar-se no entorno de bem tombado.

O Tribunal Regional, por unanimidade, adotou as razões da sentença e a reforçou, trazendo os argumentos apresentados pela Procuradoria Regional da República:

O que pretendem os apelantes é, na verdade, a aplicação da legislação ambiental pura e simples, desconsiderando toda e, qualquer prova a despeito do caso concreto: e sem observância da situação fática que se apresenta, principalmente estando ela em confronto com o princípio da própria dignidade humana, além do direito à moradia. Não é o caso de se trazer à baila a legislação infraconstitucional a despeito das normas ambientais aplicáveis ao caso, como sustentam em seus recursos, pois a situação exige uma análise puramente constitucional para solucionar o conflito de direitos fundamentais que ora se apresenta.

Entendeu que, diante das circunstâncias do caso concreto (situação precária da ré que, inclusive, é portadora de deficiência física, moradora de uma região já ocupada há muitos anos), o juízo a quo deu o desfecho correto à demanda, razão pela qual manteve a sentença atacada. A ementa restou consignada dessa forma:

⁸⁶ JFSC, ACP n. 2004.72.00.004307-2, Juíza Marjôrie Cristina Freiburger R. da Silva, in DE 03/09/2009.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO. DIREITO À MORADIA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Em que pese a importância do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme preceitua a CF/88, não se pode olvidar que a proteção da dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República, insculpido no art.1.º da Carta Constitucional, sendo quiçá a razão de ser do Estado.

Em face das precárias condições financeira e física da moradora do imóvel construído em área de preservação permanente, determinar a sua demolição e a consequente remoção da apelante de sua residência acarretaria prejuízo incomparavelmente maior do que aquele suportado pelo meio ambiente⁸⁷.

Compartilhando do mesmo entendimento, cita-se julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELO ADESIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DE CASA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (LOCALIDADE DE RATONES). IMÓVEL DE USO HABITACIONAL, CUJA PROPRIEDADE PERMANECE HÁ MAIS DE 100 ANOS COM A FAMÍLIA DO RÉU. AUSÊNCIA DE PROVA OBJETIVA DE USO DEGRADANTE OU DE OFENSA AO PATRIMÔNIO NATURAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, QUE DETERMINA APENAS A REGULARIZAÇÃO DA OBRA. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA.

Não se conhece de recurso que inova o debate. Na espécie, o réu pretendia, em sede de apelo, discutir nova classificação da área onde se localiza o seu imóvel (como se rural fosse), o que não foi apreciado em primeiro grau, e bem por isso inviabiliza agora o seu conhecimento.

Conquanto imprescindível a proteção do meio ambiente, não se mostra razoável a demolição de propriedade que, além de centenária, não revela, por sua existência, risco de degradação ambiental, contexto em que o discurso da precaução assume apenas apelo retórico, sem observar o primado da dignidade humana, sobretudo por desconsiderar a existência, no mesmo local, de modesta porém tradicional comunidade, sem prova de alteração do bioma local no decorrer da ocupação⁸⁸.

Em uma outra situação mais complexa, o particular construiu sua residência em loteamento devidamente aprovado pela Municipalidade, tendo obtido, inclusive, alvará que lhe autorizasse a edificar naquele local. Ocorre que a residência estava situada a 10m de área de mangue, e assim, considerada área non aedificandi. Por esse motivo, a Administração Pública local negou a expedição do habite-se e a autorização para o fornecimento de energia elétrica.

⁸⁷ TRF4, AC n. 0004307-40.2004.404.7200, Relator Jorge Antonio Maurique, in DE 07/10/2010.

⁸⁸ TJSC, AC n. 2010.029244-6, Relator Ricardo Roesler, in DE 22/06/2011.

Dessa forma, o particular impetrou mandado de segurança em face de ato coator acima referido.

A sentença denegou a segurança ao argumento de que o alvará de construção não confere, por si só, direito ao habite-se, mormente quando resta demonstrado que a licença para edificar foi concedida em razão da omissão de elementos atuais a respeito da localização da obra em área de preservação permanente.

Irresignado, o particular interpôs apelação, ementada da seguinte maneira:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. OBRA REALIZADA DE ACORDO COM O PROJETO APROVADO PELA PREFEITURA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA COM A FINALIZAÇÃO DA OBRA. DENEGAÇÃO DO "HABITE-SE" E DA AUTORIZAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZOS AO MEIO AMBIENTE. SOBRELEVAÇÃO, IN CASU, DO DIREITO À MORADIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SENTENÇA REFORMADA. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO

"É dever do Município fiscalizar as construções e, havendo alguma irregularidade abster-se de expedir a licença ou, se já iniciada a obra, embargá-la. A licença para construir é ato administrativo que goza de presunção de legitimidade, por isso não se pode exigir do administrado que suponha a irregularidade do alvará que lhe foi concedido.

Assim, tendo a municipalidade concedido alvará de construção e permitido que a situação se consolidasse com a finalização da obra, sem tê-la embargado no curso da edificação, torna-se injusta a negativa do "habite-se", especialmente se a construção foi feita de acordo com o projeto aprovado pela Prefeitura. Nestas hipóteses, tem-se que ao Poder Público compete demonstrar os efetivos prejuízos que poderiam advir da construção ao meio ambiente, se este foi o fundamento levantado para negar a expedição do "habite-se" (Apelação cível em Mandado de Segurança n. 2006.034722-9, de Ipumirim, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 19.04.2007)⁸⁹.

Sobre a colisão de direitos fundamentais, assegurou:

É certo que a ninguém é lícito edificar em desacordo com a legislação de proteção ambiental. O caso, entretanto, trata de situação peculiar, havendo fatores que devem ser levados em consideração.

[...] É princípio constitucional que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo (art. 225, da CF). De outro vértice, também é assegurado o direito social fundamental à moradia (art. 6º, da CF), dependendo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, de justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF).

É preciso sopesar, no caso dos autos, a preponderância de dois fatores: a) trata-se de direito fundamental à moradia e, b) a presunção de boa fé do

⁸⁹ TJSC, AC em MS n. 2011.050607-0, Relator Sérgio Roberto Baasch Luz, in DE 23/09/2011.

cidadão, vez que este somente edificou sua residência diante da autorização do Poder Público.

Atenta-se ao fato que não se apresenta nenhuma informação sobre as características do litígio, como a situação financeira do impetrante, a finalidade da ocupação (para fins de moradia ou de ocupação temporária, como as casas de veraneio) e a existência de outras residências no local.

Mas é de se supor, com base no provimento final do writ, que a condição econômica do impetrante não é suficiente para ter opção de outra área para edificar.

Não se buscou, primeiramente, a harmonização desses direitos. O que poderia ser feito, se demonstrado ser o loteamento de um empreendedor privado, é a disponibilidade pelo empreendedor de um novo lote, fora de APP, para a edificação da casa e consecução do direito à moradia. Sendo ele o maior beneficiado com a venda de um lote em área non aedificandi, também deveria ser responsabilizado pela recuperação integral da área degradada.

Pretendeu-se, “diante das peculiaridades e do interesse fundamental em questão (moradia), mitigar as graves consequências decorrentes da negativa de expedir o ‘habite-se’ e a autorização para fornecimento de energia elétrica”.

Embora não conste do respectivo acórdão, a análise da máxima da proporcionalidade pode ser vista da seguinte forma: a negativa de expedição do habite-se e de autorização para fornecimento de energia elétrica são medidas adequadas para a proteção da APP em comento? É evidente que não. Não se está a falar de medidas demolitórias e sequer de recuperação ambiental.

A negativa daqueles documentos em nada adiantaria para se chegar à recuperação de APP, por duas razões. A uma porque a construção já havia sido finalizada, sem nenhum embargo dos órgãos competentes. A duas porque o dano ambiental já havia ocorrido com a própria edificação, respaldada em autorização da Prefeitura, e com sua simples fruição não poderiam advir novos prejuízos.

Nas suas razões, observou que se a obra foi edificada em APP, deveria a Administração Pública ter sido diligente ao ponto de vistoriar o local em que situada a obra.

Assim, a medida encontrou obstáculo na primeira máxima parcial da adequação, não sendo necessário prosseguir na constatação da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De outro lado, a expedição daqueles documentos pode ser considerada medida adequada para a proteção do direito à moradia? Partindo do pressuposto que a edificação seja para fins de moradia (aqui se entende como ocupação permanente), a resposta é positiva, visto que são essenciais para concretizar a fruição da edificação.

A medida é aquela menos gravosa ao meio ambiente? Não se pode falar com propriedade, visto que não se sabe a que distância está a edificação do manguezal, nem o seu impacto no ecossistema. Porém, se identificado que o impacto é de pequena ordem e se tivesse sido exigido o correto tratamento dos efluentes para evitar lançamento e contaminação da área de manguezal, entende-se que sim.

Assim, tendo em vista a suposta condição financeira desfavorável do impetrado, a sua boa-fé em obter todas as autorizações e licenças, o baixo impacto da obra edificada no meio ambiente, o adequado tratamento dos efluentes e a necessidade daquele de se obter um lar, com base na proporcionalidade em sentido estrito, é de se aceitar a prevalência do direito à moradia.

Ante os julgamentos expostos, verificou-se que algumas observações devem ser consignadas antes de prevalecer o direito à moradia em face ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Uma delas refere-se ao fato de que a construção deve servir fielmente o fim, conforme é a orientação do próprio TRF4:

[...] mesmo nos casos em que é necessário ponderar a colisão entre o direito à moradia, à dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente equilibrado, tem sido reconhecida a prevalência deste último, ainda que outras medidas sejam tomadas para se resguardar os demais.

Entretanto, no caso, este cotejo nem mesmo é necessário, pois o imóvel aqui discutido é destinado apenas ao veraneio dos réus, sendo utilizado, no máximo, 3 meses por ano, conforme informação consignada no laudo pericial. Além do que, consoante elementos dos autos, os réus ostentam condição financeira acima da média da população, logo, não há falar sequer em prejuízo ao direito de moradia⁹⁰.

Decorrente da condição econômica desfavorável do indivíduo ressalta-se também a ausência de possibilidade de encontrar uma alternativa à moradia que é objeto

⁹⁰ TRF4, AC n. 0001715-20.2004.404.7201, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, in DE 31/01/2011.

de discussão judicial, a ocupação da área por outras residências, a baixa dimensão do impacto da edificação nas áreas de preservação permanente ante a necessidade de ter um lar.

Encerra-se a pesquisa neste ponto com ensinamento de Daniel Raupp:

Assim, no caso do embate entre moradia e proteção ao meio ambiente, a primeira deve prevalecer quando a satisfação da garantia à habitação familiar pesar mais ou for mais importante, no caso concreto, do que a garantia de proteção ambiental, que pode sucumbir, ao menos momentaneamente, frente à garantia ao “mínimo existencial”. Ou seja, existe a adequação da medida (demolitória, por exemplo) para a proteção do meio ambiente, e está presente a sua necessidade, ante a comprovação de que não há outro meio menos agressivo para satisfação do direito. Contudo, na ponderação entre os valores, a importância da proteção ao meio ambiente não prevalece sobre a garantia da habitação aos moradores materialmente carentes, tendo em vista a impossibilidade de, no caso concreto, provê-los de outro lugar para residir, ainda que temporariamente⁹¹.

Ante o trabalho exposto, verificou-se a existência de decisões em todos os sentidos, conforme às situações específicas do caso concreto.

Realmente não há como prever uma única e correta decisão em cada caso.

Em se tratando de colisão de direitos fundamentais, a primeira intenção do julgador deve ser sua compatibilização. Constatada sua impossibilidade, utiliza-se o critério da ponderação, à luz da máxima da proporcionalidade.

Demonstrou-se, a partir da análise dos casos, que o Poder Público possui função de grande importância tanto na adoção de medidas que assegurem o direito a uma moradia digna, quanto ao seu dever de polícia e de implementação das normas que asseguram a preservação ao meio ambiente sadio e equilibrado.

⁹¹ Moradia versus meio ambiente: colisão de direitos fundamentais. In: VAZ, Paulo Afonso Brum. VALLE PEREIRA, Ricardo Teixeira. Curso modular de Direito Administrativo. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 547-572.

CONCLUSÃO

Percebe-se a importância da conceituação e do estudo da evolução dos direitos fundamentais para que se compreenda sua origem e sua função precípua como garantia contra eventuais abusos estatais e como modo de concretizar valores essenciais ao indivíduo e à sociedade.

O fato de ocuparem o lugar máximo no ordenamento jurídico vigente leva à falsa conclusão de que os direitos fundamentais são absolutos e impassíveis de qualquer tipo de limitação.

Assim, as restrições a esses direitos são verificadas no próprio texto constitucional, bem como nas hipóteses de colisão com outros direitos de igual hierarquia.

Os direitos fundamentais, considerados como mandados de otimização, quando colidem com outro da mesma natureza, devem ser compreendidos e julgados a partir de métodos que buscam a compatibilização de cada um na maior medida possível.

Como alternativa, deve ser utilizado o critério de ponderação, em que os valores em discussão são sopesados, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e à luz da máxima da proporcionalidade e suas subregras.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225 da Carta Magna, possui características singulares que exigem uma análise mais ampla e sensível. Logo, deve ser considerado seu caráter intertemporal, intergeracional e metaindividual.

Ao Poder Público cabe efetivamente atuar em favor da proteção ao meio ambiente, não sendo possível a discricionariedade, fundamentada em oportunidade e conveniência.

Nesse contexto, a implantação das áreas de preservação permanente, como uma das modalidades desses espaços territoriais ambientalmente protegidos, objetiva a tutela de áreas que possuem relevante função ecológica, em virtude dos ecossistemas que abrigam.

A ocupação das APPs se dá por diferentes motivos e envolve tanto a classe mais favorecida economicamente quanto aquela mais vulnerável.

O estudo jurídico das ocupações irregulares dessas áreas exige uma análise da situação específica de cada caso, em consonância com o direito fundamental à moradia.

Paralelamente às condições dignas de habitabilidade, emerge a preocupação ecológica de preservar os aspectos naturais do meio ambiente. Assim é que se impõe a necessidade de compatibilização dos direitos à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A conclusão do presente trabalho deve ser compreendida a partir de uma análise limitada dos casos colacionados, mantido o respeito à decisão proferida dos magistrados, com base em vasto acervo probatório, que não invalida a provocação para uma discussão acadêmica do tema.

O exame de situações concretas de colisão dos direitos fundamentais ao meio ambiente e à moradia, submetidas ao crivo do Poder Judiciário, deve, num primeiro momento, buscar a harmonização desses direitos.

Não sendo possível, é necessário ponderar os valores, de acordo com as circunstâncias que permeiam cada caso, à luz da máxima da proporcionalidade e das máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em se tratando de litígio entre dois interesses contrapostos, a escolha deve procurar dar a maior eficácia ao bem que se pretende tutelar, de modo que não se aniquile aquele outro direito prevalecido.

Nenhum dos direitos estudados pode ser visto como valor absoluto. O equilíbrio entre o meio ambiente saudável para as atuais e futuras gerações e o direito à moradia e à existência digna destas mesmas atuais e futuras gerações deve e pode ser compatibilizado

O balanceamento de bens é uma ferramenta que possibilita uma solução jurídica correta quanto à interpretação sistemática do direito e à força normativa da Constituição Federal.

Por se tratar de uma questão deveras complexa, que tem sua solução variada de acordo com cada caso, verifica-se haver posicionamentos em diferentes sentidos, ora se privilegiando o direito ao meio ambiente, ora o direito dos indivíduos de permanecerem na área em que se encontram.

Não é suficiente o reconhecimento formal de um direito por parte do Estado. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, tendo o Poder Judiciário papel relevante, em especial no momento atual, a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia das normas protetoras desses direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALONSO JR., Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- ÁVILA, Humberto Martins. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Métodos para a resolução do conflito entre os direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo; Saraiva, 2007.
- _____. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BRASIL. Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas.
- _____. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Código Florestal. Brasília, DF: Senado Federal, 1965.

_____. Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências.

_____. Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas).

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília, DF: Senado Federal, 1981.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Ação Civil Pública. Brasília, DF: Senado Federal, 1985.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 7.661, de 16 de maio de 1988. Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Crimes Ambientais. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

_____. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Brasília, DF: Senado Federal, 2000.

_____. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto das Cidades. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.

_____. Lei n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Mata Atlântica. Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

_____. Decreto n. 6.660, de 21 de novembro de 2008. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

_____. Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009. Programa Minha Casa, Minha Vida. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

_____. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências.

_____. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Novo Código Florestal. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Instituto Pólis, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CONAMA. Resolução n. 302, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno.

_____. Resolução n. 303, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente.

_____. Resolução n. 369, de 28 de março de 2006. Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE HUMANO, 1972, Estocolmo.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992, Rio de Janeiro. Agenda 21. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. São Paulo, 2012, 463p., Dissertação – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, ONU, 1948.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A propriedade no Direito Ambiental. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HESSE, KONRAD. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. Temas fundamentais do direito constitucional. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, João dos Passos Martins. Direitos Fundamentais: conceito, funções e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, 1966, Assembleia Geral das Nações Unidas.

RAUPP, Daniel. Moradia versus meio ambiente: colisão de direitos fundamentais. In: VAZ, Paulo Afonso Brum. VALLE PEREIRA, Ricardo Teixeira. Curso modular de Direito Administrativo. Florianópolis: Conceito, 2009.

REALE, Miguel. Variações Sobre Ética e Moral. In: Variações 2. Academia Brasileira de Letras, 2003.

SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – Ocupação de áreas protegidas: conflito entre direitos fundamentais? In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, mês/2010, vol. 60.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, Ano1, n. 2, jul/set 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 798.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.