

5

Interpretação das decisões judiciais à luz do direito à cidade

5.1

Importância do Judiciário no equacionamento de conflitos envolvendo o direito à moradia e o meio ambiente

A ocorrência de litígios, fenômeno previsto e esperado, dá ensejo para a principal função do Poder Judiciário: a função jurisdicional. Cabe ao Estado, por meio de um de seus Poderes, a composição das lides. Leis genéricas e abstratas incidem no caso concreto e, com a interpretação dos magistrados, as partes obtêm seu direito resguardado¹. O processo judicial, sistema pelo qual o Poder Judiciário exerce a jurisdição culmina em uma sentença. Ocorre, neste ponto, o exercício da fundamental função do Poder Judiciário juntamente com a presunção da concretização da justiça.

A jurisprudência, entendida como a visualização de um rumo palpável nos julgados dos magistrados de um mesmo tribunal, ou ainda, como um ponto de interseção nas interpretações de diferentes juizes num mesmo tribunal, auxilia os intérpretes do Poder Judiciário na realização de suas funções. O sistema de composição das lides é afetado pelos indicadores jurídicos presentes na jurisprudência, consistindo em poderosa ferramenta disponibilizada pelos magistrados para futuras decisões, posto que produz um norte para o processo de interpretação da normativa e doutrina jurídica.²

Nesse sentido, a norma jurídica é, sem dúvida, bastante importante para a composição dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário. Ela serve como um ponto de partida para o julgador decidir o caso que lhe é apresentado, na maior parte das vezes, de forma dedutiva.

¹ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 553 a 555.

² In Relatório de Pesquisa apresentado ao CNPq sob o título “Direito à Cidade: Práticas Sociais Instituintes e Paisagem Consentida”. Coordenadora: Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi. Rio de Janeiro, 2006.

No entanto, a norma não é instrumento único e suficiente para a solução dos conflitos judicializados. O processo de sua aplicação conta com a interação dos mais variados fatores - como valores, fatos, formações políticas e ideológicas - e não é dotado de imparcialidade plena, pois implica numa participação do sujeito que aplica a norma com suas histórias e experiências pessoais.

O chamado “processo de interpretação da norma jurídica” é capaz, assim, de produzir novos sentidos.

E o intérprete constitui, portanto, elemento da maior relevância no processo interpretativo da norma jurídica.³ Sua formação cultural e ideológica muito refletirá nas decisões por ele tomadas. Boaventura de Sousa Santos, de forma bastante esclarecedora, já desenvolveu trabalho expondo a importância da interação entre o sujeito e o objeto de seu conhecimento e dizendo que o objeto é a extensão do sujeito, sendo que, dessa forma, todo conhecimento é autoconhecimento.⁴

É graças a essa atuação do Poder Judiciário através de seus magistrados que se pode concluir que o Direito é uma realidade dinâmica,⁵ flexível, plástica, viva⁶ e de grande adaptabilidade às novas realidades sociais. Porém, essa adaptabilidade somente será verificada se o intérprete-aplicador da norma jurídica conseguir conferir-lhe, além da eficácia jurídica que ela já possui, uma eficácia social.

Em relação à composição de conflitos, a decisão judicial é capaz de lhes colocar um fim. Conforme já apresentado na introdução deste trabalho, os conflitos não são passíveis de serem solucionados, em especial na atualidade

³ Carlos María Cárcova, em estudo denominado *Sobre el razonamiento judicial*, atenta para o fato da subsunção não mais atender as necessidades da sociedade e, conseqüentemente, deixar de ser utilizado pelos juízes na aplicação da lei. Assim, o autor insere no texto a concepção de “egologia” como sendo um método de interpretação a ser utilizado pelos magistrados em que o conhecimento parte da própria conduta e volta reflexivamente sobre ela. In CÁRCOVA, Carlos Maria. *Sobre el razonamiento judicial*. Noviembre de 2003.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*, p. 81 a 84. “Hoje sabemos e suspeitamos que nossas trajetórias de vida pessoais e colectivas (enquanto comunidades científicas) e os valores, as crenças e os preconceitos que transportam são a prova íntima do nosso conhecimento, sem o qual as nossas investigações laboratoriais ou de arquivo, os nossos cálculos ou os nossos trabalhos de campo constituiriam um emaranhado de diligências absurdas sem fio nem pavio”.

⁵ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, p. 72.

⁶ Segundo Spota, a jurisprudência “tende a configurar o direito vivo”, evitando que se crie um abismo entre a lei e a justiça. SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do Direito através da Jurisprudência*, 1985.

plural em que vivemos. Porém, a decisão judicial, embora não resolva, propriamente, um conflito, ao menos impede que ele continue.⁷

Dessa forma, quando um conflito jurídico é apresentado perante o Poder Judiciário, como é o caso da tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado abordado nesta dissertação, a importância está justamente no fato de que com a sua judicialização ele deve encontrar um fim, um limite que, ao menos naquele caso específico, impede que o conflito perdure ao longo do tempo.

Porém, o fato da decisão judicial ser capaz de colocar limite aos conflitos não significa que qualquer que seja o seu conteúdo, a sua forma de limitar o conflito, seja satisfatória. É preciso que o Poder Judiciário esteja apto a atender as demandas sociais insurgentes, os conflitos coletivos que se apresentam na atualidade, bem como esteja ciente de que o direito estatal não é o único direito presente na sociedade contemporânea, pois paralelamente a ele existem outros direitos reconhecidos pelos cidadãos e que, por isso, precisam do reconhecimento pelo Judiciário para que melhor sejam solucionados os conflitos postos em juízo.

Assim, comportamentos derivados do positivismo jurídico, como o dogmatismo e a lógica-formal, demonstram-se ineficazes para limitar os conflitos complexos com que têm que trabalhar nossos magistrados, sendo necessária a superação desse paradigma em que se formaram a maioria de nossos juízes para que seja possível a composição mais equitativa dos conflitos atuais sob uma reflexão crítica da hermenêutica jurídica.⁸

⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, p. 314: “Ao contrário dos outros conflitos sociais, com os religiosos, os políticos, os econômicos, os conflitos jurídicos são tratados dentro de uma situação em que eles encontram limites, não podendo mais ser retomados ou levados adiante indefinidamente (ver, por exemplo, a noção de coisa julgada)”.

⁸ Nesse sentido, FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A Função social do Judiciário*, p. 5 a 13. “Dogmático e lógico-formal, tendo na ênfase ao equilíbrio entre os poderes e à imparcialidade e neutralidade do Judiciário dois pilares fundamentais, esse modelo privilegia a lei como fonte primária e quase exclusiva de regulação jurídica e como instrumento de racionalização das relações sociais, aceita o Estado como a única fonte de direito, o qual é encarado como a cristalização de uma razão abstrata e atemporal, concebe a norma como ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes e considera os juízes como simples aplicadores/ executores dos padrões normativos vigentes, vinculando-os em sua ação interpretativa, negando-lhes qualquer poder criativo e impedindo que os tribunais exerçam e ditem as regras de conduta a partir de sua própria existência.” E FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, 1992.

5.2

Metodologia da Pesquisa Jurisprudencial e categorias analíticas adotadas como palavras-chaves

Os conflitos entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontram lugar privilegiado, neste trabalho, nas cidades. Isso porque, atualmente, a cidade representa um espaço acirrado de conflitos, desejos e identidades plurais que compõem um rol de direitos e deveres a serem tutelados e realizados pelo poder político e pela sociedade civil.

As necessidades que se manifestam no espaço urbano são, em consequência da complexidade do direito à cidade, as mais diversas, ensejando o seu pleito perante o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário no âmbito do equacionamento desses conflitos é de extrema relevância, impondo, assim, a realização de pesquisa jurisprudencial⁹ sobre o tema do direito à moradia e seu conflito com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas cidades. Averiguar qual tem sido a experiência e a tendência dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro constitui, justamente, o objetivo da pesquisa no que se refere ao equacionamento desses conflitos propriamente ditos sob a ótica da justiciabilidade do direito social à moradia.¹⁰

A pesquisa contará, ainda, com o levantamento e a sistematização de acórdãos, segundo palavras-chave, privilegiando os conflitos envolvendo o direito à moradia e meio ambiente apreciados pelos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro.

As palavras-chaves selecionadas como critérios para a identificação e sistematização da jurisprudência constituem verdadeiras chaves de sentido. Isso porque permitem a reflexão que encaminha para a redefinição e produção de novos conteúdos do texto, constituindo de forma plena categorias analíticas.

⁹ O conceito de jurisprudência adotado é o de SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*, p. 30, para quem a jurisprudência é “o conjunto, não necessariamente homogêneo, de decisões prolatadas pelos órgãos julgadores componentes do sistema Judiciário”.

¹⁰ Entende-se aqui por justiciabilidade do direito social à moradia o seu atributo de ser objeto de pleito em juízo. Sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos, ver artigo de PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas*, 2005.

O referido recorte espacial foi escolhido em virtude dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e Rio de Janeiro serem responsáveis pelo julgamento de demandas das duas maiores metrópoles do país, onde estão situadas suas respectivas capitais¹¹, apresentando uma gama enorme de demandas judiciais envolvendo os conflitos entre direito à moradia e a preservação urbano-ambiental. Além disso, a escolha foi norteadada pelo fato de São Paulo e Rio de Janeiro serem os Estados da Região Sudeste onde se encontra a maior parte da população urbana. Além dessas especificidades, em virtude de pesquisas realizadas anteriormente, a escolha do Rio de Janeiro e de São Paulo permite mais amplo acesso a fontes documentais. A acessibilidade a esses Tribunais também é muito maior, tendo em vista o fato de serem a primeira instância recursal, o que permite a obtenção de uma medida mais exata da quantidade e qualidade dos casos existentes.

Quanto ao recorte temporal, a pesquisa jurisprudencial será efetuada no período compreendido entre os anos de 1995 e 2005. Justifica-se o referido recorte, tendo em vista a data de promulgação da Constituição Federal (05 de outubro de 1988), do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil (10 de julho de 2001 e 10 de janeiro de 2002, respectivamente), e considerando um tempo razoável para que as demandas venham a ser objeto de julgamento na 2ª instância permitindo aos respectivos Tribunais apreciá-las em conformidade com a legislação em vigor, que representa significativo marco institucional do Direito Urbanístico e da nova ordem constitucional de 1988.

No entanto, cumpre esclarecer que a pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontra certas limitações que, inevitavelmente, serão repassadas para este trabalho. A pesquisa virtual viabilizada pelo *site* do Tribunal em tela permite apenas que se consultem duzentas (200) ementas por vez, restringindo o universo da pesquisa. Além disso, não há como efetuar a pesquisa por período, uma vez que não é possível delimitar o ano no qual se pretende obter informações dos julgados. No que diz respeito ao acesso ao inteiro teor das decisões, somente é possível obtê-las em relação aos acórdãos julgados a partir de 1998, desde que as ementas disponibilizem o número do processo e a data de julgamento.

¹¹ Disponível em <http://www.ibge.gov.br/>. Acesso em 15 de junho de 2005.

Devido a essas dificuldades, a pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo será realizada, no caso de algumas das palavras-chaves, por amostragem, tentando-se, ao máximo, obter a mais variada gama de julgados.¹²

A análise da jurisprudência buscará observar o referencial teórico e normativo adotados na fundamentação dos acórdãos estudados, além de verificar quais são as partes envolvidas na demanda, qual fora a decisão monocrática anterior que ensejou o recurso e qual tem sido o alcance dos tratados de direitos humanos e da proteção constitucional ao direito à moradia.

A caracterização das tendências dos julgados será especialmente norteadada pelos princípios do direito urbanístico e ambiental, permitindo identificar o marco teórico e normativo predominante nas decisões.

As categorias analíticas também constituem palavras-chaves selecionadas para orientar a pesquisa. Assim, tendo em vista o tema da dissertação, que envolve os conflitos referentes ao direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas cidades, foram escolhidos os seguintes vocábulos e referências normativas: moradia, área de preservação, meio ambiente, habitação, direitos humanos, direitos fundamentais, Lei 6766/79, Lei 10.257/01, Código Florestal, Lei 4771/65, direito e cidade, Estatuto da Cidade, ambiente natural, ambiente construído, ocupação, assentamento, princípios de direito urbanístico, princípios de direito ambiental, plano diretor, Lei Complementar 16/92 e lei orgânica do município.

Algumas palavras e referências normativas selecionadas para a pesquisa no TJSP, devido às peculiaridades da pesquisa no *site* do respectivo Tribunal, diferem das palavras escolhidas para o TJRJ. Assim, no caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo temos, além dos vocábulos descritos acima, com exceção do vocábulo ocupação, os seguintes: meio ambiente e cidade, Lei 6766, Lei 10257, direito à cidade, uso e ocupação e lei orgânica do município de São Paulo.

Outra observação importante a ser feita é a de que no curso da pesquisa jurisprudencial, o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi reformulado. Os resultados obtidos de acordo com a nova forma de pesquisa

¹² Recentemente o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi reformulado e são disponibilizados um número maior de acórdãos. Porém, a pesquisa ainda não pode ser feita por período e o acesso ao inteiro teor continua sendo possível somente a partir das decisões datadas de 1998.

disponibilizada no *site* dizem respeito às seguintes palavras-chaves: habitação, direitos fundamentais, direito à cidade e Lei 10.257.

5.3

Quadro dos acórdãos levantados no TJRJ segundo a incidência das palavras-chaves

	Total	2005	2004	2003	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Moradia	501 6	79 2	96 0	71 0	44 0	34 1	37 2	35 0	53 0	27 0	13 0	12 0
Área de preservação	82 13	10 3	22 1	15 1	9 2	3 1	7 2	5 1	8 2	1 0	1 0	1 0
Meio Ambiente	383 27	50 3	75 5	75 4	51 5	23 3	30 0	23 1	16 3	12 1	19 2	9 0
Habitação	831 3	117 0	148 0	127 0	90 0	71 0	77 0	50 2	56 0	36 1	38 0	21 0
Direitos Humanos	186 0	50 0	30 0	28 0	16 0	10 0	13 0	16 0	8 0	4 0	9 0	2 0
Direitos Fundamentais	1133 2	302 2	296 0	210 0	109 0	40 0	52 0	51 0	39 0	10 0	19 0	5 0
Lei 6766/79	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Código Florestal	2 0	1 0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1 0
Lei 4771/65	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Direito e cidade	220 5	33 0	54 2	48 2	22 0	11 0	20 0	6 0	8 0	6 1	8 0	4 0
Lei 10.257/01	0	0	0	0	0	0	XX	XX	XX	XX	XX	XX
Estatuto da Cidade	16 1	10 0	2 1	3 0	1 0	0	XX	XX	XX	XX	XX	XX
Ambiente natural	30 1	9 0	12 0	2 0	3 1	1 0	0	1 0	1 0	0	1 0	0
Ambiente construído	2 1	1 0	0	0	0	0	0	0	1 1	0	0	0
Ocupação	1325 10	123 2	176 2	145 1	142 0	74 3	133 1	102 0	87 0	37 0	52 1	34 0
Assentamento	107 3	22 1	8 0	16 0	13 1	11 1	13 0	7 0	6 0	6 0	4 0	1 0
Função social da propriedade	356 0	40 0	99 0	78 0	72 0	31 0	27 0	7 0	2 0	0	0	0
Princípios de direito urbanístico	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Princípios de direito ambiental	19 3	2 2	2 0	8 0	3 0	0	0	1 0	0	1 0	2 1	0
Plano Diretor	57 0	11 0	14 0	16 0	9 0	1 0	2 0	2 0	1 0	0 0	1 0	0 0
Lei Compl. 16/92	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Lei Orgânica do Município	748 1	117 1	131 0	52 0	55 0	29 0	32 0	16 0	18 0	14 0	18 0	18 0

A análise dos acórdãos indica, em primeiro lugar, considerado o espaço temporal pesquisado, a escassez de casos envolvendo o conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que no universo temporal de 1995 a 2005, ou seja, dez anos, o *site* fonte da pesquisa contém apenas 75 julgados, indicando, portanto, que tais conflitos, embora sejam reconhecidos na literatura e na realidade social brasileira, não foram, em sua maioria, judicializados.

Outro aspecto interessante e que merece atenção é que se observa um aumento gradativo de casos em que a incidência da palavra-chave “direitos humanos” é citada nos acórdãos. Porém, ainda que tenham se tornado mais constantes, permanece restrito o número de acórdãos que lhe fazem menção, apesar da reconhecida importância e alcance internacional dos direitos humanos na atualidade. É relevante registrar que nenhum dos casos onde a palavra-chave “direitos humanos” foi encontrada dizia respeito a julgado envolvendo a moradia e o meio ambiente.

Constatar que no discurso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não se inclui o conceito de direitos humanos em causas que julgam os conflitos envolvendo a moradia, realização da dignidade da pessoa humana enquanto direito humano fundamental, é inadmissível, mesmo porque considerando que a categoria é referenciada em outros julgados, não poderemos deduzir que se trata de desconhecimento da relevância dos direitos humanos para a fundamentação da tutela jurídica.

Não estando presentes nas causas que dizem respeito aos conflitos entre a moradia e o meio ambiente parece indicar uma restrição setorializada dos fundamentos dos direitos humanos. Nesse sentido, talvez deva se observar que os textos normativos nacionais utilizam de forma parcimoniosa o conceito¹³.

Os direitos fundamentais, por sua vez, tiveram um aumento considerável no número de citações em acórdãos, passando de 5 referências em 1995 a 302 em 2005, sendo interessante registrar que nos últimos 5 anos a incidência foi muito ampla, pois registramos 53 ocorrências no ano 2000, 40 em 2001, 109 em 2002,

¹³ Encontramos menção ao termo “direitos humanos” na Constituição Federal, art. 4º, II; e no Decreto 678/1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

210 em 2003, tendo um total de 296 no ano de 2004.¹⁴ Tudo indica, porém, que a moradia tem sido muito raramente considerada um direito fundamental pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em virtude da sua ocorrência em somente dois dos julgados analisados, que convém ressaltar, não diziam respeito ao conflito do direito à moradia com o direito ao meio ambiente, mas que foram relevantes porque os únicos que definiram o direito à moradia como um direito fundamental. Por outro lado, há uma progressiva incidência da palavra-chave “direitos fundamentais” nos conflitos atinentes ao direito à saúde e direito do consumidor.

A categoria “direito à cidade”, institucionalizada em nosso ordenamento constitucional em 1988, pouquíssimas vezes tem sido mencionada nas decisões do referido Tribunal. A sua inexpressiva incidência, apesar da palavra direito à cidade ter conteúdo importante para o ordenamento jurídico brasileiro, demonstra que o conceito não foi incorporado pelo Tribunal, observando-se apenas 5 julgados distribuídos em um caso em 1997, dois casos em 2003 e dois em 2004.

O conceito “cidade” não apresenta relevante incidência no discurso presente nos julgados analisados, pois ele nunca aparece como sujeito ou objeto nas decisões.

Promulgado em 2001, o Estatuto da Cidade também parece não ter o devido reconhecimento, uma vez que a sua referência foi observada em apenas um caso no ano de 2004.

Existe, assim, uma lacuna real no que diz respeito à tutela do direito à cidade no âmbito dos julgados que envolvem conflitos entre o direito à moradia e o meio ambiente. No intuito de compreender este quadro, podemos levantar algumas razões ou hipóteses que podem ter corroborado, entre elas: a rara incidência dos conceitos-chaves, o não reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental e até mesmo o fato das demandas, em sua maioria, terem sido oriundas do Ministério Público que reconhecidamente tutela causas coletivas, realizando com grande responsabilidade e eficiência sua função

¹⁴ “(...) também o Judiciário foi chamado a dar sua contribuição para a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive nas relações jurídico-privadas. (...) quando o juiz civil deve interpretar e definir o alcance concreto de certas previsões normativas do código civil, deve ele levar em consideração, como verdadeiras “linhas diretivas”, o sentido dos direitos fundamentais”. FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 45 e 47.

de curador do meio ambiente, mas que no entanto pode estabelecer uma dicotomia com sérias consequências caso se compreenda que a tutela do meio ambiente, reconhecidamente um direito coletivo, está em campo oposto à tutela dos direitos individuais, se assim for reconhecido o direito à moradia.

Afinal, historicamente, o direito à moradia foi sempre considerado direito privado protegido pelo Código Civil, como se pode observar da redação do Código Civil de 1916 em que não havia nenhuma citação expressa da moradia, e do próprio texto do Código Civil de 2002 em que a palavra moradia ainda aparece de forma bastante tímida.

Portanto, foi observado que o Tribunal, majoritariamente, privilegiou em suas decisões o direito ao meio ambiente. E, sistematicamente, na fundamentação dos julgados, desconsiderou as questões que envolviam o direito à moradia, destacando-se raros exemplos em que a questão habitacional foi considerada como um dos eixos do conflito.

Sobre as decisões judiciais, cabe ainda registrar o quanto tem sido limitada a fundamentação teórica e normativa nos julgados levantados. Preponderantemente, observaram-se citações legislativas que já haviam sido mencionadas pelas partes durante o processo, sem o enriquecimento do conteúdo do acórdão com novos textos normativos que pudessem contribuir para solucionar a questão. Em relação à fundamentação teórica, ficou evidente que o Tribunal restringe bastante a sua utilização, fazendo-o em raríssimas ocasiões.

Observa-se, ainda, que nas raras vezes em que observamos a indicação de marco teórico e normativo, a fundamentação foi excessivamente técnica e processual, mitigando a importância do direito material na solução das demandas. Com isso, o Tribunal manteve-se preso às formalidades e foi bastante breve na abordagem do direito material, tendo até mesmo, em determinados casos, deixado de apreciá-lo em nome da discussão de pontos estritamente processuais como, por exemplo, questões ligadas à legitimidade passiva da demanda e à adequação da medida utilizada, entre outros aspectos.

Em relação aos direitos coletivos e a sua compreensão pelo Poder Judiciário, primeiramente é preciso admitir que a solução dos conflitos na sua dimensão molecular¹⁵ permite mais fácil acesso à justiça, pois possibilita que todos os

¹⁵ “Dimensão molecular” é a expressão utilizada por Ada P. Grinover para denominar as demandas coletivas. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*

envolvidos no problema do qual decorre a ação sejam beneficiados pelo ingresso em juízo, acarretando, inclusive, menores custos em comparação à interposição de diversas ações individuais, além de evitar decisões contraditórias acerca do mesmo objeto.

Porém, é preciso admitir que no campo da concreção os direitos coletivos necessitam de individualização. O processo civil prevê, desde a legitimidade para a proposição da ação, que se concentra numa associação ou no Ministério Público, por exemplo, até a dimensão da eficácia da sentença, a necessidade de individualização. Isso significa que as questões coletivas não são possíveis de se enfrentar plenamente com o direito dado.¹⁶

A necessidade de representação do coletivo nas demandas pode, então, ser questionada, pois até que ponto é possível construir uma representação coletiva que não traia a sua identidade coletiva?¹⁷

De acordo com Miguel Baldez, “é preciso abrir brechas para uma nova subjetividade”¹⁸. Essa subjetividade deve ser coletiva e compreendida a partir da ação política dos movimentos, que devem ter a sua personalização discutida.

Segundo referido autor, a subjetividade é algo aberto, em construção. Os movimentos, por sua vez, são uma demanda de sujeitos. Essa nova subjetividade contraria o direito colocado em códigos. É preciso pensar o direito como potência, passível de atravessar uma dimensão coletiva.

O ordenamento jurídico atual limita o coletivo dos movimentos. Segundo Miguel Baldez, citando Pontes de Miranda, o Direito estava baseado na concepção

pelos autores do anteprojeto, p. 729; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*, p. 19 a 39. Neste artigo a autora se posiciona acerca do acesso à justiça: “Não será demais lembrar que um provimento jurisdicional desprovido de utilidade prática desprestigia o processo e constitui um engodo para a generosa visão do acesso à justiça. O acesso à justiça não pode ser uma promessa vã. Facilitá-lo, por intermédio de ações coletivas, é um grande avanço, assimilado pelo direito processual brasileiro. Mas admitir ações civis públicas inidôneas para gerar provimentos jurisdicionais efetivamente úteis só pode levar ao descrédito do instrumento, à frustração dos consumidores com relação à justiça, ao desprestígio do Poder Judiciário”.

¹⁶ Essa tese é defendida por Miguel Baldez, que concedeu-nos uma entrevista em 06 de fevereiro de 2006, no Rio de Janeiro.

¹⁷ Pergunta de Miguel Baldez, que questiona a legitimidade da representação, sugerindo que os movimentos coletivos devem ser “presentados” e não “representados”, pois eles devem “presentar” a si mesmos. Entrevista concedida em 06 de fevereiro de 2006, no Depto. de Direito da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro. Também encontramos tal posicionamento de Miguel Baldez em seu artigo *A Luta pela Terra Urbana*. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio (org.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática promessas e desafios do Estatuto da Cidade*, p. 91.

¹⁸ Entrevista realizada com o Prof. Miguel Baldez em 06 de fevereiro de 2006, no Rio de Janeiro.

de que só existe direito subjetivo se houver uma outorga de direito objetivo. Ou seja, deve haver uma relação do sujeito com o bem jurídico. Essa concepção não dá espaço para o coletivo.

A escassez de demandas propostas por moradores também merece destaque. Ela pode estar ligada ao medo do despejo ou de chamar a atenção para suas condições de ilegalidade, conforme fora afirmado por Boaventura de Souza Santos em estudo efetuado numa favela do Rio de Janeiro.¹⁹ Além disso, Boaventura atenta para o fato de juízes e advogados serem vistos como muito distanciados das classes baixas para poder entender as suas necessidades e aspirações, sendo também serviços muito caros.²⁰

A seguir foram selecionados nove acórdãos do TJRJ para serem analisados mais detidamente. O critério de escolha destas decisões levou em consideração o fato de representarem a questão principal da dissertação, qual seja, o contexto do conflito entre o direito à moradia e a preservação do meio ambiente nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ou aqueles julgados que melhor realçaram a relevância do direito à moradia.

5.3.1

Principais casos selecionados no TJRJ

Nº do Processo do TJRJ	Data do julgamento	Tipo de ação e Partes	Pedido ²¹	Legislação Aplicada	Marco Teórico	Decisão do Tribunal
1995.002.02200	09/04/1996	Agravo de Instrumento em Ação Civil	Apreciação do pedido liminar na ação principal para manter o	Art. 129 e 225, CF Art. 5º, §1º, Lei 7347/85 ²²	Conceito legal de poluidor ²⁶ Responsabilidade e municipal	Provimento do Recurso de Agravo por

¹⁹ SANTOS, Boaventura Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Texto preparado pelo Autor com base em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Yale em 1973 sob o título *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*.

²⁰ SANTOS, Boaventura Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Texto preparado pelo Autor com base em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Yale em 1973 sob o título *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, p. 113.

²¹ O pedido, segundo Humberto Theodoro Jr., “exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. (...) É a revelação da pretensão que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo”. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento*. Volume I. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.318.

		Pública Agte.: Ministério Público Agdo.: Município do Rio de Janeiro	município no pólo passivo da ação e determinar-lhe que delimite a área de proteção ambiental no invadida no Penhasco Dois Irmãos e cadastrar as construções existentes no local	Art. 39, IV, Lei 6938/81 ²³ Art. 443, Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro ²⁴ Art. 22, Código Florestal ²⁵	Rodolfo de Camargo Mancuso - defesa de interesses difusos pelo princípio da solidariedade	unanimidade
1998.002.00781	26/05/1998	Agravo de Instrumento em Interdito Proibitório Agte.: Município do Rio de Janeiro Agdo.: Espólio de Moncel Pinto Jr. e outra	Permitir a atuação administrativa do Município na área ambiental ocupada pelos agravados	Art. 572, Código Civil de 1916 Art. 2º, 3º e 5º, §2º, Lei 1912/92 ²⁷	Hely Lopes Meirelles - conceito de polícia administrativa geral e especial	Provimento do recurso por unanimidade

²² Lei que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

²³ Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

²⁴ Não consta o número da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro no *site*: www2.rio.rj.gov.br/pgm/LeiOrganica/leiorganica.html, consultado em 20 de janeiro de 2006. O art. 443, da LOMRJ dispõe: “Qualquer construção ou atividade de urbanização executada sem autorização ou licença é sujeita a interdição, embargo ou demolição, nos termos da legislação pertinente, executadas aquelas localizadas nas áreas de regularização fundiária conforme previsto em legislação específica”.

²⁵ Lei 4771/65.

²⁶ Art. 3º, Lei 6938/81: Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

IV. poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental.

²⁷ Lei que criou a Área de Proteção Ambiental do Morro dos Cabritos e Morro da Saudade.

2001.002.04085	10/10/2001	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública Agte.: Ministério Público Agdo.: Município de Niterói	Retirar invasores e demolir construções irregulares edificadas no Morro do Cavalão na vertente voltada para o Bairro de São Francisco	Art. 526, Código de Processo Civil	Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação	Parcial provimento ao recurso por unanimidade para que o agravado tome providências para evitar o alargamento da área já ocupada por construções irregulares em área de preservação
2002.001.05493	13/11/2002	Apelação em Ação Indenizatória Apte.: Município de Rio das Ostras Apdo.: Romildo de Souza	Considerar legal a demolição sumária da casa do apelado erguida em área de preservação ambiental não impondo ao Município o pagamento de indenização	Lei 4771/65 ²⁸ Lei 9605/98 ²⁹ Código de Obras do Município de Rio das Ostras ³⁰	Área de preservação permanente Construção irregular Exercício do poder de polícia	Provimento ao recurso por unanimidade
2002.004.01892	26/02/2003	Mandado de Segurança Impete.: Gabriela Lomba	Fazer com que a autoridade coatora abstenha-se de praticar qualquer ato que importe	Art. 6º, CF Decreto Municipal 22.317/02 ³¹	Direitos sociais – direito à moradia Voto vencido: Impossibilidade de regularização	Concede a segurança, por maioria de votos

²⁸ Código Florestal.

²⁹ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

³⁰ Lei 208/96. Para obter o inteiro teor da lei que institui o Código de Obras de Rio das Ostras, consultar:

http://www.pmro.rj.gov.br/modules.php?name=Downloads&d_op=viewdownload&cid=3. Acesso em 24 de janeiro de 2006.

³¹ Decreto que ordena a demolição do prédio em vive a impetrante.

		Araújo de Oliveira repres. pela mãe Cristina Maria Lomba de Araújo Réu: Prefeito do Rio de Janeiro	na demolição do prédio em que está localizada sua moradia			
2004.001.11576	24/08/2004	Apelação em Embargos de Terceiro (interposto em Reintegração de posse) Apte.: Edvaldo Gomes de Araújo e outros Apdo.: Condomínio do Edifício Parque Residencial Laranjeiras	Os apelantes requerem o seu reconhecimento como terceiros e não como partes legítimas, como considerou a sentença dos embargos. Por isso, alegam que os efeitos da sentença que concedeu a reintegração de posse aos proprietários do imóvel que eles ocuparam não pode atingí-los.	Art. 505, Código Civil de 2002	Propriedade e posse Condomínio - coletividade Função social da propriedade	Denegam o recurso por unanimidade
2004.001.18744	06/10/2004	Apelação em Ação Civil Pública Apte.: Município de Niterói	Pleiteia o chamamento da União e do Estado do Rio de Janeiro como litisconsortes passivos	Art. 30, VIII, CF Art. 182, CF Art. 358, VIII e 358, Constituição	Padrões urbanísticos e bem-estar da população Princípio da legalidade Hely Lopes	Negam, por unanimidade, provimento ao recurso e confirmam parcialmente a sentença

		Apdo.: Ministério Público	necessários, assim como os moradores da área e requer a improcedência do pedido de delimitação da área ocupada pela Favela do Cavalão com a construção de um muro, de forma a permitir o controle do crescimento da favela com a devida fiscalização	o do Estado do Rio de Janeiro	Meirelles: princípio do interesse público Celso Antonio Bandeira de Mello: discrecionalidad e	em reexame necessário para isentar o Município do pagamento das custas processuais
2004.002.04292	16/02/2005	Agravo de Instrumento em Ação Indenizatória Agte. 1: Heraldo Soares Vieira Agte. 2: Amarílis Bernacchi Alves e Prata Agdo.: Município do Rio de Janeiro	O 1º agravante requer seja garantido o seu direito de retenção pelas benfeitorias e a 2º agravante requer o direito de não ser desalijada de seu lar, <i>manu militari</i> , antes e independenteme nte da medida judicial pertinente	Art. 17 e 273, Código de Processo Civil Dignidade da pessoa humana e direito à moradia Art. 5º, XXII, CF Art. 1º, CF	Bem público de proteção ambiental dignidade humana direito à moradia Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery - litigância de má- fé	Parcial provimento ao recurso por unanimidade para determinar apenas que o 2º agravante possa permanecer no imóvel enquanto o agravado não adotar providências cabíveis
2005.001.03660	07/06/2005	Apelação em Ação	Permanência dos apelantes na	Dec. 2365 Serla ³²	Dano ambiental Ocupação	Denega o recurso por

³² Decreto que define área *non aedificandi* situada na Faixa Marginal de proteção ambiental, entre a margem direita da Via Parque e a Lagoa da Tijuca.

		Civil Pública Apte.: José Deolindo de Oliveira Filho e outros Apdo.: Município do Rio de Janeiro	faixa marginal de proteção ambiental da Lagoa da Tijuca por eles ocupada	Lei 4771/65, art. 2 ^o ³³ Art. 37, §6º, CF	irregular	unanimidade
--	--	--	--	---	-----------	-------------

5.3.2

Análise dos principais acórdãos do TJRJ

5.3.2.1

TJRJ, 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1995.002.02200, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Martinho Campos, julgamento em 09.04.96.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual por danos causados ao meio ambiente em face do Município do Rio de Janeiro, requerendo que o réu demolisse construções situadas na encosta da Avenida Niemeyer, entre os números 550 e 720, acima da quota cem do nível do mar. Liminarmente, o autor pediu para que a área invadida fosse delimitada com cercas e placas e que as construções existentes no local fossem cadastradas com posterior envio ao Juízo de 1ª instância de “croquis” identificando as edificações.

O Município do Rio de Janeiro interpôs agravo de instrumento alegando sua ilegitimidade passiva por não ser o causador da poluição ambiental, mas sim os ocupantes da área. Alegou também a existência de litisconsórcio necessário da União que tombou a área, cuja fiscalização compete ao IBAMA e ao Costituto Estadual de Florestas, e litisconsórcio com os ocupantes e proprietários da área. Além disso, sustentou a incompetência absoluta do juízo por ser a área tombada pela União.

³³ Código Florestal.

O juízo de 1ª instância exerceu a retratação em relação ao 1º agravo por ter considerado a discussão de grande complexidade jurídica, envolvendo indagação plúrima de responsabilidade, revogando a liminar concedida.

Desse despacho, o Ministério Público interpôs outro agravo, remetido ao Tribunal, objeto da presente análise.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso. O Município manifestou-se pelo desentranhamento do parecer alegando que o Ministério Público é autor da ação e não pode funcionar ao mesmo tempo como fiscal da lei.

O Tribunal acolheu as alegações do Município e determinou o desentranhamento do parecer. Quanto à retratação do juízo monocrático, o Tribunal chamou a atenção para o fato de que não pode o juiz deixar de decidir as questões suscitadas pelas partes a pretexto de sua complexidade.

Assim, passou a decidir nos seguintes termos.

A legitimidade passiva, segundo o juízo de 2ª instância, “decorre da conceituação de poluidor” dada pela Lei 6938/81, em seu artigo 3º, VI. Como o Município tem o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente, impedindo sua degradação, e o dever legal, na forma do artigo 443, da Lei Orgânica, de interditar, embargar ou demolir, segundo o texto legal, “qualquer construção ou atividade de urbanização executada sem autorização ou licença”, ele é responsável indireto pela degradação. Assim, a ação civil pública foi contra ele corretamente dirigida.

Quanto ao litisconsórcio passivo necessário, a ação civil pública tem suas peculiaridades, pois destina-se à defesa de interesses difusos, sendo regida pelo princípio da solidariedade - que permite que o autor escolha contra quem demandar. Por isso, conforme afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, a reparação pode ser exigida de todos e de qualquer um. Assim, também fica afastada a competência da Justiça Federal.

Assim, acordaram os Desembargadores, por unanimidade, em dar provimento ao recurso do Ministério Público a fim de evitar que a ocupação ainda incipiente progrida desordenadamente.

Analisando o julgado, foi possível observar que a discussão acerca da fundamentação do conflito fica restrita ao campo do direito ao meio ambiente na perspectiva da responsabilidade do Poder Público em preservar, fiscalizar e evitar a degradação das áreas de preservação.

Em nenhuma parte da sentença, tanto na argumentação das partes quanto do Tribunal, foi abordada a questão do direito à moradia das pessoas que ocupam a área do Morro Dois Irmãos. Pode-se sugerir ao menos duas razões pelas quais a argumentação não seguiu esta linha: ou porque não havia pertinência com a demanda levada ao Poder Judiciário, ou porque de fato o direito à moradia não tem sido reconhecido pelo Tribunal.

No entanto, é certo que o Poder Público tem o dever de garantir o direito à moradia daqueles que estão residindo no Morro Dois Irmãos. Não basta promover a demolição das construções irregulares sem oferecer alternativas de regularização ou de moradia em locais próximos para a população. Aliás, a remoção dos moradores é medida admissível apenas nos casos de área de risco, ou seja, trata-se de exceção, segundo a legislação vigente³⁴.

A solução para o problema da degradação ambiental, na visão das partes e do Tribunal, ignora o problema social que é o déficit habitacional associado à ocupação de áreas de preservação ambiental.

O Município, ao argüir a solidariedade passiva da União e do Estado na presente demanda, parece buscar transferir a outrem a sua responsabilidade pela fiscalização e recuperação do meio ambiente. E ao atribuir a culpa pela degradação do meio ambiente aos moradores da área objeto da demanda, também demonstra tentar esquivar-se de tal responsabilidade.

Dessa forma, observamos que a discussão a respeito dos direitos sociais à moradia e ao meio ambiente no contexto da cidade sustentável não é trazida à baila, ficando a argumentação centrada apenas na atribuição ou não da responsabilidade a um dos entes da Federação. Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁵ a isso atribui o conceito de “mecanismo de dispersão”, que pode se dar de duas formas: através da ahistoricização dos conceitos ou por meio do deslocamento da

³⁴ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- a) laudo técnico do órgão responsável;
- b) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- c) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

³⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, 2003.

discussão para um campo estritamente técnico, desconsiderando a realidade dos fatos e inviabilizando a aplicação do princípio da equidade e da hermenêutica que privilegia a razoabilidade, como é o caso dos autos.

Contudo, observa-se que apesar do discurso ter sido deslocado para o campo técnico, de fato não faz desaparecer o conteúdo político-social do conflito. Afinal, não se garante a neutralidade da discussão jogando-a para o campo estritamente técnico.

5.3.2.2

TJRJ, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1998.002.0781, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Roberto Wider, julgamento em 26.05.98.

Cuida-se de agravo de instrumento requerido pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão que concedeu liminar, após justificação de posse, em ação de interdito proibitório, em área de proteção ambiental do Morro dos Cabritos, no município do Rio de Janeiro, Bairro de Copacabana, suscitando o agravante tratar-se de legítima e regular atuação municipal na área ambiental, restringindo a construção de edificações em desconformidade com as normas edilícias.

O Tribunal entendeu que o direito de posse dos agravados não lhes confere nenhum direito de erguerem na área usucapienda, de preservação ambiental, construções irregulares. Assim, devem obedecer os limites do direito de construção, uma vez que dentro dos limites de unidade de conservação ambiental não há que se falar em proteção possessória.

O recurso da Municipalidade foi provido, por unanimidade.

Analisando o julgado, notou-se que, mais uma vez o Tribunal apenas analisou a questão sobre o âmbito do direito ao meio ambiente. O direito à moradia não é considerado no mesmo patamar do direito à preservação ambiental, segundo se pode depreender do acórdão.

Apesar da área ser de usucapião, havendo inclusive ação em andamento, e comprovada a presença de habitações, a discussão toda ficou restrita à questão ambiental e, principalmente, ao exercício do poder de polícia administrativa do Município.

Ao tutelar a área de preservação instituída pela Lei Municipal 1912/92, o Tribunal deixou de considerar que a proteção possessória não deve estar condicionada ao local em que a área está situada. O direito à moradia não é garantido constitucionalmente mediante condições.³⁶ Ele é pleno, auto-aplicável e fundamental para a promoção da dignidade humana.

Em relação ao poder de polícia municipal, o relator do acórdão adota o conceito de Hely Lopes Meirelles³⁷, valendo consignar que toda a argumentação gira em torno da constatação de que o poder de polícia administrativa especial cuida de ações que afetem bens de interesse coletivo, como é o caso do meio ambiente, autorizando o Poder Público a restringir o direito individual em benefício do bem-estar da coletividade.

Nota-se, portanto, que o Tribunal atribui ao direito à moradia e à posse a qualidade de direito individual, não os reconhecendo como direitos sociais e, conseqüentemente, como bens jurídicos coletivos de interesse social em igualdade de tratamento com o direito ao meio ambiente.

A contrario sensu, apesar de buscar fundamentação nos direitos coletivos e no bem-estar da coletividade, o Tribunal não traz a baila qualquer discussão a respeito do direito da população que lá reside há tanto tempo e que também tem o direito de usufruir desse direito da coletividade em consonância com o seu direito à moradia.

Fica clara a tendência de atribuir-se ao direito à moradia a qualidade de matéria de direito privado como concebido no Código Civil de 1916 e nas Constituições que antecederam a de 1988, ignorando o caráter social que adquiriu após a constitucionalização do direito à moradia e, especialmente, após a consagração do princípio da função social do direito de propriedade pública e privada como previsto na Constituição Federal de 1988, ou seja, não se trata mais

³⁶ Vejamos a redação do dispositivo constitucional que tutela o direito à moradia: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Vale também ressaltar que a Medida Provisória 2.220/01, que instituiu a concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas faculta ao Poder Público (art. 5º) assegurar o exercício do direito em outro local se a área for de preservação ambiental. Assim, mesmo que o Município considere necessária proteção da área ocupada, ele deve garantir em outro local o exercício do direito adquirido pelos moradores.

³⁷ O livro utilizado no acórdão analisado é: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª edição, p. 115 a 117.

de mera limitação ao direito de propriedade, mas também da atribuição de deveres ao proprietário.

5.3.2.3

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 2001.002.04085, Comarca de Niterói, Relator: Desembargador Milton Fernandes de Souza, julgamento em 10.10.2001.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão que, em ação civil pública, indeferiu liminar para retirar invasores e demolir construções irregulares edificadas no Morro do Cavalão.

Alega o agravante que a área é de preservação ambiental e o Município tem o dever de preservá-la. Além disso, as construções são clandestinas e não contam com licença ou autorização municipal representando perigo de lesão à área.

O agravado respondeu alegando que não é responsável pela proliferação de favelas e não pode demoli-las, tendo realizado diversas ações urbanísticas.

O Tribunal considerou que, neste feito, pretendia-se a tutela do direito à proteção ambiental de área específica, sendo que a expansão de sua ocupação irregular permite o advento de dano irreparável ou de difícil reparação, pois pode resultar na destruição permanente da flora e da fauna ainda preservadas.

Além disso, ao agravado compete promover o controle do uso e da ocupação do solo urbano. Sendo assim, foi dado parcial provimento ao recurso para que o Município de Niterói tome providências a fim de evitar a expansão da área irregularmente ocupada.

Analizando o julgado, diversos argumentos trazidos pelas partes e pelo Tribunal merecem ser discutidos.

Primeiramente, tem ficado bem claro o posicionamento do Ministério Público Estadual nas ações civis públicas: preocupa-se exclusivamente com a preservação ambiental e praticamente tem ignorado as questões que envolvem o direito à moradia, pois nas decisões aqui examinadas sempre requer a demolição das edificações irregulares sem avaliar as consequências sociais de tal medida.

O Município mais uma vez adota o discurso onde busca escusar-se de sua responsabilidade, alegando até mesmo não ser o responsável pela proliferação de favelas, apesar de admitir que realizou diversas ações urbanísticas no local, que

denotam não só o reconhecimento do direito à moradia dos moradores como também assume a responsabilidade no sentido da melhoria das condições da habitação.

Além disso, o planejamento urbano é de inteira responsabilidade e competência municipal³⁸, sendo que a sua falta de fiscalização e promoção de políticas habitacionais contribui muito para a geração de assentamentos irregulares.

5.3.2.4

TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação n. 2002.001.05493, Comarca de Rio das Ostras, Relator: Desembargadora Mariana Pereira Nunes, julgamento em 26.04.2002.

Trata-se de ação indenizatória por danos material e moral baseada no fato da Prefeitura do Município de Rio das Ostras ter destruído a casa construída pelo autor em terreno considerado área de preservação ambiental.

Em 1ª instância a ação foi julgada procedente, tendo ensejado a interposição de recurso de apelação.

Avaliando o recurso, o Tribunal considerou que o fato de existirem outras obras irregulares na mesma área não afasta a ilegalidade da obra do apelado, não lhe dando direito à indenização.

Ademais, a Prefeitura agiu no exercício regular de seu poder de polícia, cumprindo o disposto nas Leis 4771/65, 9605/98 e no Código de Obras do Município. Assim, tratando-se de atitude legal não há porque haver direito de indenização.

O recurso foi, então, provido, reformando a sentença apelada.

Analisando o julgado, podemos afirmar que o Tribunal parece ignorar a incidência do princípio da isonomia e da razoabilidade ao caso julgado. Primeiro porque a existência de outras edificações no local inviabiliza a preservação do

³⁸ Sobre a competência municipal, destacamos o art. 30, incisos I, VIII, da Constituição Federal, que se referem, respectivamente, à obrigação de legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. A Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade, por sua vez, entre outros dispositivos, em seu art. 4º, inciso III dispõe que é instrumento da lei o planejamento municipal, em especial: b) a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; h) planos de desenvolvimento econômico e social.

meio ambiente como um todo, segundo porque deixa de considerar a ilegalidade das demais construções, tratando de forma desigual o cidadão que se encontra na mesma condição dos outros ocupantes da área.

E tendo em vista que a edificação do apelado já fora demolida pela autoridade municipal, não parece razoável o Tribunal negar o direito à indenização, ainda mais pela pura aplicação da norma legal incidente ao fato. Isso porque deixam de ser analisados aí outros fatores importantes para concluir-se acerca do cabimento de indenização, como a condição social do morador, a permanência de outras construções no local, a desídia do Poder Público que não evitou a construção da residência antes que ela ficasse totalmente pronta.

A omissão da Administração Pública deve, portanto, ser levada em consideração. Uma vez que existe o dever de fiscalização das áreas de proteção e ele falha, deve ser avaliada a possibilidade de imposição de indenização ao morador que, muitas vezes, constrói a sua casa na expectativa de estar realizando algo regular já que outras moradias ali se localizam.

Sobre a responsabilidade da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles acentua que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”³⁹. Tal constatação decorre do §6º, do artigo 37, da Constituição Federal⁴⁰, segundo o próprio doutrinador conclui. Assim, a inação do servidor público em fiscalizar as áreas de proteção ambiental acarreta-lhe responsabilidade civil quando disso decorre lesão a direito alheio. Como consequência, “para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante”.⁴¹

Com base nesta doutrina considera-se que no caso ora analisado a omissão do Poder Público Municipal em fiscalizar a área de preservação ambiental e com isso possibilitar que ali se assentassem várias pessoas, como restou claro das alegações trazidas pelas partes, impossibilita que a demolição das moradias não gere direito à indenização.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁴⁰ Art. 37, CF – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 619

5.3.2.5

TJRJ, 15ª Câmara Cível, Mandado de Segurança n. 2002.004.01892, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Nilton Mondego de Carvalho Lima, julgamento em 06.08.2003.

Foi impetrado mandado de segurança por Gabriela Lomba Araújo de Oliveira, representada por sua mãe Cristina Maria Lomba de Araújo, visando impedir a autoridade coatora, o Prefeito do Município do Rio de Janeiro, de praticar qualquer ato que importe na demolição do prédio em que está localizado seu apartamento com fundamento de que nele reside desde outubro de 2000, e que desde tal data vem tentando regularizar a obra juntamente com os demais moradores.

Ocorre que a impetrante fora notificada a desocupar o imóvel porque o edifício será demolido.

Nas informações, a autoridade coatora alegou não ser parte legítima para figurar na demanda e não ser cabível o mandado de segurança.

O Tribunal afastou a possibilidade de ilegitimidade passiva ao considerar que a ordem de demolição constante do Decreto 22.317/02 é do Prefeito do Município.

Segundo narra o magistrado *ad quem*, Ricardo Eugenio Gomes Paseli e Maria das Dores Leite, através de Escritura Pública de Cessão de direitos de Posse adquiriram os direitos relacionados ao imóvel e ali construíram um edifício de apartamentos, vendendo as unidades. Uma dessas unidades foi adquirida pela impetrante através de escritura pública de “Promessa de Venda de Benfeitorias”.

Dessa forma, o prédio jamais poderia ter sido legalizado, pois Ricardo e Maria nunca foram proprietários do terreno. No entanto, construíram o edifício sob o olhar complacente dos fiscais municipais. E o fato está consumado.

A impetrante está residindo no imóvel construído irregularmente e sob esse aspecto ela não teria em seu favor, o *mandamus*.

No entanto, em louvável posicionamento, o Relator da decisão acentua que a impetrante tem a seu favor o aspecto social da questão, qual seja, o problema de falta de moradia no Brasil.

No caso do Rio de Janeiro, o Excelentíssimo Desembargador assevera que não se tem notícia de que o Município, através do Chefe do Executivo, tenha editado, em tempo algum, decreto determinando a regularização ou demolição das milhares de favelas construídas ao longo do tempo na cidade. Assim, prevalecendo o Decreto 22.317/02, ora impugnado, “estar-se-ia criando odiosa desigualdade” entre a impetrante e os demais moradores em situação semelhante.

E tendo em vista que o direito à moradia é um direito social constitucionalmente assegurado ele deve ser respeitado pelas autoridades públicas sob pena de sua violação manifestamente ilegal.

O Tribunal decidiu, assim, que tendo descumprido o dever de fiscalização e contribuído, portanto, para a lesão sofrida pela impetrante, deve o Poder Público procurar outra solução, concedendo a segurança, por maioria de votos, à impetrante.

Analisando o julgado, considera-se que ele possui relevância simbólica e real na discussão sobre a tutela do direito à moradia. Apesar de não apresentar um direto conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, apresenta um campo de conflito entre os moradores da área irregular e o dever da Prefeitura de exercer a fiscalização, destacando-se pela maneira como trata o direito à moradia.

O acórdão destaca-se dentre os demais porque reconhece explicitamente os problemas atinentes ao direito à moradia vividos no Brasil e, em especial, no Rio de Janeiro, bem como reafirma o referido direito como sendo um direito social constitucionalmente assegurado e fundamental para a realização da dignidade humana, objetivo do Estado Brasileiro.

Diferentemente das demais decisões, nesta o Judiciário impede que o Executivo destrua a casa da impetrante e recomenda que ele encontre outra solução que não venha a ferir e impedir o exercício do direito à moradia, que lhe está garantido, portanto, de forma definitiva.

Apesar de considerarmos um avanço esse tipo de solução, não podemos ignorar que a decisão foi por maioria de votos, ficando portanto consignado que a questão ainda está longe de ser pacífica.

No entanto, nada deve ofuscar o brilho da argumentação tecida pelo Relator do acórdão acerca do direito à moradia e sua tutela constitucional e legal. Além disso, na esteira do que fora comentado na decisão anterior, a omissão do Poder

Público na fiscalização durante a construção do prédio de apartamentos tem que ser levada em conta para reconhecer o direito da impetrante.

Tal decisão tem, portanto, caráter paradigmático no tratamento dispensado ao direito à moradia, destacando-se dentre as demais, pois embora sem confronto com o meio ambiente ressaltou a importância da tutela do direito social à moradia, afastando-se da tendência dos julgados anteriormente analisados em considerar a moradia um direito individual.

5.3.2.6

TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.11576, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, julgamento em 24.08.2004.

O Condomínio Edifício Parque Residencial Laranjeiras propôs ação de reintegração de posse de área contígua ao prédio que havia sido ocupada por diversas famílias. No curso desta ação, Edvaldo Gomes de Araújo e outros opuseram-lhe embargos de terceiro, alegando que são os legítimos possuidores da área pretendida. Ocorre que, em 1ª instância, foi apurado que os embargantes não ocupavam a área quando da propositura da ação. Assim, concluiu-se que invadiram a área pertencente ao Condomínio, erigindo construções irregulares e deteriorando a natureza.

Não consta também que tenham ingressado com ação de usucapião e não lograram provar a existência de posse *ad usucapiones* neste feito. Assim, tiveram seu pedido julgado improcedente pelo juízo monocrático.

Conseqüentemente, ingressaram com recurso de apelação no Tribunal de Justiça alegando que ocupavam o imóvel na época da perícia e que o apelado provou a propriedade, mas não a posse do local, contrariando as regras constitucionais de interpretação de normas de direito privado em consonância com as necessidades da sociedade.

O Tribunal considerou que a versão mais aceitável é a de que os apelantes não ocupavam o imóvel ao tempo da perícia. A grande rotatividade de invasores impede que se consiga citar todos eles e isso não poderia consistir óbice para a continuidade da ação, senão esta nunca se concluiria.

Assim, a sentença foi considerada correta pelo juízo *ad quem*.

Quanto a alegação de que o apelado tinha a propriedade da área e não a sua posse, o Tribunal afirmou que o terreno é contíguo à edificação do Condomínio e que, por isso, não há como acolher-se os argumentos dos embargantes.

Assim, concluiu que, em nome da função social da propriedade, é inadmissível que se queira estimular a invasão de propriedade alheia e a proliferação de edificações clandestinas, ilegais e lesivas ao meio ambiente, negando provimento ao recurso.

Analisando o julgado, considera-se que a função social da propriedade, ao contrário do sentido adotado pelo acórdão, não deve estar sendo cumprida pelos proprietários da área ocupada, uma vez que, se estivessem dando destinação ao imóvel, não teria sido possível a sua ocupação durante tanto tempo por tantas famílias, conforme ficou bastante evidente da afirmação de que no local há grande rotatividade de invasões.

Isso porque a função social da propriedade pública e privada, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser considerada atributo do direito de propriedade, exteriorizando-se também com imposições ao proprietário de obrigações de fazer. Trata-se do dever de agir em prol do coletivo, de dar destinação eficiente ao bem. Nesse sentido, o direito de propriedade passou por uma reavaliação que, pautada no princípio da solidariedade, atribuiu-lhe conteúdo de caráter público.

Seria interessante questionar também, no presente caso, se a opção por uma avaliação coletiva da situação fática não se impõe. Isso porque a existência de muitas moradias, reunindo inúmeras famílias, não sendo possível determinar os sujeitos individualmente, inviabiliza atingir um tratamento igualitário a todos eles. Além disso, a hipótese do usucapião coletivo urbano, previsto no art. 10, da Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, e no §4º, do art. 1228, do Código Civil de 2002, onde os moradores daquela área delimitada comprovam os requisitos necessários e todos, de forma a respeitar o princípio da isonomia, adquirem a propriedade de parte da terra, não foi levantada.

Vale a pena argumentar nesse sentido quando se percebe que pela via da usucapião individual alguns podem ver o seu direito à moradia reconhecido, enquanto outros, investidos de condições semelhantes, por não terem sido citados na ação de reintegração de posse - que há tanto tempo está em curso - correm o risco de serem removidos, muitas vezes até violentamente, do local, ampliando a

situação de conflito, havendo prejuízos como a perda do emprego e a separação de famílias.

Outro aspecto que merece destaque, como já vem sendo exposto nas análises anteriores, é a falta de fiscalização, tanto do Poder Público quanto dos proprietários particulares de terrenos, que tem sido uma das principais causas da invasão das terras.

Conforme já fora consignado na análise tecida acerca de acórdão anterior sobre a responsabilidade da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles acentua que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”⁴², gerando direito à indenização, conforme interpretação do §6º, do artigo 37, da Constituição Federal⁴³.

Nesse caso, tratando-se de propriedade privada, pode-se considerar que aquele que se omite no cuidado com sua propriedade não está realizando a função social constitucionalmente prevista⁴⁴, bem como não está exercendo o seu direito em consonância com as suas finalidade econômicas e sociais, conforme disposto no §1º, do artigo 1228, do Código Civil de 2002, podendo, portanto, vir a ser privado da coisa⁴⁵.

A esse respeito é importante destacar que a função social da propriedade realmente não é princípio autorizador das invasões. No entanto, é um princípio que viabiliza a realização do direito à moradia a medida que exige que o proprietário dê um destino ao seu imóvel.

A decisão do Tribunal reflete, ao adotar essa linha de argumentação, uma posição liberal, fato que induz a predominância do conceito conservador de função social que era utilizado antes da Constituição Federal de 1988, ou seja, mera limitação ao direito de propriedade em que se impunha ao proprietário apenas obrigações de não fazer, ao contrário do conceito contemporâneo em que o

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁴³ Art. 37, CF – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴⁴ Conforme já fora explicado, com o advento da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade passou a ser atributo do direito de propriedade pública e privada, impondo deveres ao proprietário de cuidar e dar destinação à sua propriedade em consonância com os interesses sociais. Nesse sentido, a omissão do proprietário em vigiar, utilizar e dar destinação a sua propriedade cria a possibilidade dele vir a perdê-la em favor de outrem.

⁴⁵ Vide parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 1228, do Código Civil de 2002, comentados no Capítulo 4.

proprietário tem obrigações de fazer, dentre elas, exercer o direito em conformidade com os reclames sociais.

5.3.2.7

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação n. 2004.001.18744, Comarca de Niterói, Relator: Desembargadora Helena Belc Klausner, julgamento em 06.10.2004.

Cuida-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela proposta pelo Ministério Público em face do Município de Niterói objetivando a delimitação da área ocupada pela Favela do Cavalão com a construção de um muro de forma a permitir o controle do crescimento da favela com a devida fiscalização, retirando-se no prazo de 240 dias os invasores da área e exibindo projeto urbanístico para o local compreendendo o calçamento, iluminação pública, recolhimento de lixo, construção de rede de coleta de esgoto e abastecimento de água, requerendo, ainda, a regeneração da área degradada.

A sentença de 1ª instância julgou procedente a ação civil pública, determinando ao Município de Niterói a execução no prazo de 240 dias de projetos de urbanização e de regeneração das áreas do Morro do Cavalão, bem como a demolição das construções irregulares, com multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais) no caso de descumprimento.

Houve interposição de recurso de apelação pelo réu que pugnou pela improcedência do pedido inicial, pleiteando preliminarmente o chamamento da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro como litisconsortes passivos necessários, assim como os moradores da referida área, aduzindo ter havido invasão do Poder Judiciário na esfera de competência do Município quando determina onde, como e quando realizar obras e serviços públicos.

O Tribunal, primeiramente, avaliou o pedido preliminar, considerando que o chamamento dos demais interessados para integrarem a lide não procede. Isso porque é competência constitucional do Município promover o ordenamento territorial, o planejamento, uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. Assim, a Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo para assegurar o respeito à função social da cidade em nome do interesse público.

Para justificar esse posicionamento traz a contribuição de Hely Lopes Meirelles sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.⁴⁶

A alegação de invasão de competência do Judiciário na esfera do Executivo também não foi acolhida pelo Tribunal. A Constituição Federal, Estadual e a legislação infra-constitucional prevêm que o Município está vinculado ao dever de assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e isso já é o bastante para justificar a decisão do Judiciário. Nesse sentido traz o posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, que considera que a discricionariedade significa apenas a liberdade da administração decidir o modo como tornará possível o alcance do objetivo da norma, não podendo fazê-lo como bem entender.

Dessa forma, o Tribunal nega provimento ao apelo, confirmando parcialmente a sentença de 1º grau em reexame necessário para isentar o Município das custas.

Analisando o julgado, embora se reconheça a necessidade de buscar soluções com o fim de prevenir futuros conflitos em virtude do adensamento de proporções imprevisíveis nas comunidades faveladas, o requerimento da construção de um muro para contenção da ocupação no Morro do Cavalão feito pelo Ministério Público é surpreendente.

Isso porque, primeiramente, a medida adotada pelo Ministério Público evidencia a segregação espacial e social que sofrem os moradores de favelas e outras ocupações irregulares, segundo porque a colocação de muros, cercas ou outras formas de tentar barrar o crescimento das ocupações é totalmente inócua, pois as famílias que lá moram, como quaisquer outras, crescem. Então, o poder público tem que encontrar uma solução para que essas pessoas possam morar de outro modo ou fazer construções verticais, se for o mais razoável.

⁴⁶ Segundo Hely Lopes Meirelles, “o princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia”. In *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 95. A respeito do princípio do interesse público, ver Capítulo 02. Em relação à finalidade, cumpre ressaltar que, ao lado da incidência e da legitimidade, ela constitui um dos critérios da eficácia social da norma, sendo, portanto, importante para a concretização dos direitos legalmente previstos que ultrapassam os limites da eficácia jurídica.

Estabelecer cercas físicas ao invés de soluções cria outros problemas no que diz respeito à tutela do direito à cidade e do direito à moradia.

Enquanto não houver uma preocupação do Poder Público em promover políticas habitacionais, as invasões e ocupações continuarão ocorrendo e não é difícil “pular o muro” e construir do outro lado, pois a cidade é uma só, todos, independentemente da condição social ou espaço onde fixam moradia, têm direito à cidade.

Por outro lado, a exigência de apresentação de projeto urbanístico que compreenda o calçamento, iluminação pública, recolhimento de lixo, construção de rede de coleta de esgoto e abastecimento de água, se coaduna com a perspectiva de realização do direito à cidade.

E o Município, por sua vez, ao pedir, em sede de contestação, “a convocação dos demais entes públicos responsáveis nas respectivas esferas de competência, aduzindo que a função social da cidade não é restrita ao Município, mas também têm responsabilidade o Estado do Rio de Janeiro e a União, devendo os entes públicos agirem em ação conjunta, sendo a área de interesse social e não ambiental”, reconhece a função social da cidade, imposição da Constituição Federal de 1988, dispositivo nuclear no campo da política urbana e meta na efetividade do Plano Diretor segundo o Estatuto da Cidade, apesar de estar no plano do discurso.

Isso quer dizer que, a Municipalidade reconhece a função social da cidade apesar de argumentar em outro sentido, demonstrando existir um signo de aplicação do Estatuto da Cidade, embora não o mencione expressamente.

Porém, mais uma vez é evidente que a preocupação com o meio ambiente tem suplantado outros interesses constitucionalmente protegidos, mantendo, assim, o direito à moradia, aliado das discussões levadas aos Tribunais.

Tal afirmativa é confirmada pelo pedido do Ministério Público de demolição das edificações irregulares e remoção dos moradores, que foi deferido em 1ª instância e confirmado pelo Colegiado.

Primeiramente é preciso compreender que a remoção somente é admitida nos casos de ocupações em área de risco⁴⁷. Tal risco é à vida, à integridade dos

⁴⁷ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

moradores e não do meio ambiente. Não há autorização legal e nem mesmo consenso social de remoção em casos de ocupações em área de preservação. Portanto, no presente caso, é absolutamente inaplicável a remoção dos moradores.

Além disso, é preciso salientar que o acórdão, embora confirme a hipótese de demolição das casas, não esclarece se, havendo remoção, os moradores terão outro lugar para se instalarem. E não basta assegurar a moradia em qualquer outro lugar. Deve ser um local próximo à moradia atual, que garanta acesso fácil aos transportes, ao trabalho e aos equipamentos públicos necessários para o exercício de um direito à moradia digna.⁴⁸

A presente decisão também está contrária à perspectiva do Estatuto da Cidade acerca do direito à cidade sustentável. Sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos totalmente complementares⁴⁹, não subsistindo qualquer conflito entre eles, uma vez que o Poder Público deve garanti-los, simultaneamente, no espaço urbano. E, mesmo se fosse o caso de conflito, estamos propugnando pelo diálogo das fontes⁵⁰, caso de conciliação dos interesses. Teríamos como, portanto, superar esse “conflito”.

Assim, a acolhida do Tribunal ao pedido de remoção representa a visão ainda conservadora acerca do direito urbanístico, não atentando para o falso conflito que se estabelece entre moradia e meio ambiente nas cidades.

Por outro lado, é relevante a adoção por parte do acórdão de disposições constitucionais referentes à Política Urbana, como é o caso do artigo 182, da Constituição Federal⁵¹, pois demonstra o reconhecimento do direito urbanístico,

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- d) laudo técnico do órgão responsável;
- e) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- f) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

⁴⁸ Vide conceito de direito à cidade exposto no Capítulo 2.

⁴⁹ O direito à cidade é constituído por um feixe de direitos, conforme preceito do artigo 2º, inciso I do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01).

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. Vol. 45, janeiro. São Paulo. 2003. e MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

⁵¹ O acórdão cita o art. 182, CF/88 – “A política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” E

bem como da função social do direito de propriedade, da função social da cidade e do próprio direito à cidade. Além disso, o acórdão cita também a Constituição do Estado do Rio de Janeiro⁵², cabendo apenas fazer uma ressalva acerca da não adoção expressa do Estatuto da Cidade, que não foi ainda reconhecido como marco normativo das decisões.

Em relação à alegação feita pelo Município de que o Judiciário estaria invadindo a esfera de competência do Poder Executivo, substituindo-o no exercício de seu poder discricionário, algumas considerações merecem ser tecidas.

Segundo o acórdão, em definição adotada de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o fundamento da discricionariedade reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei”. Assim, mesmo a sentença tendo se encaminhado para uma solução técnico-jurídica, ao reconhecer a finalidade está atuando também no campo da eficácia social da norma e não da eficácia jurídica.

E Bandeira de Mello continua: “a discricionariedade existe, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha de providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a administração decidir a seu talante mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo”. Nesse trecho encontra-se a expressão do princípio da supremacia do interesse público⁵³ e também a constatação de que as normas que atribuem à Administração Pública um poder discricionário devem ser encaradas como normas narrativas⁵⁴, a medida que servem como modelos de regra e indicações de

também o seu §2º - “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

⁵² O acórdão cita os seguintes artigos da Constituição Estadual: Art. 358 – “Compete aos Municípios, além do exercício de sua competência tributária e da competência comum com a União e o Estado, previstas nos artigos 23, 145 e 156: VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (...)” e Art. 359 – “Na elaboração e na execução da política de desenvolvimento urbano e seus instrumentos legais, o Município observará o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição da República, de modo a promover e assegurar a gestão democrática e participativa da cidade e condições de vida urbana digna”.

⁵³ Vide Capítulo 3.

⁵⁴ O conceito de norma narrativa foi elaborado pelo Prof. Erik Jaime e esclarecido em entrevista concedida à Revista Trimestral de Direito Civil. JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erik Jayme*. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, Vol. 1. Rio de Janeiro: PADMA, janeiro/ março 2000.

caminhos que podem ser seguidos, cabendo ao seu aplicador valer-se da melhor opção.

5.3.2.8.

TJRJ, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 2004.002.04292, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador José Carlos de Figueiredo, julgamento em 16.02.2005.

Trata-se de ação indenizatória movida por Heraldo Soares Vieira e Amarílis Bernacchi Alves e Prata em face do Município do Rio de Janeiro em que foi requerida tutela antecipada para que fosse garantido àquele o direito de retenção por benfeitorias e a esta o direito de não ser desalijada de sua casa, *manu militari*, antes de medida judicial pertinente.

Tendo em vista a não concessão pelo juízo monocrático do pedido cautelar, ingressaram os autores com agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado, sustentando que têm direito à retenção das benfeitorias erigidas no terreno de propriedade do Município, sendo arbitrária a ameaça de desocupação.

O Tribunal, porém, considerou que o pedido de reconhecimento do direito de retenção do apelante, ao menos em sede de tutela antecipada, é insubsistente, pois se afasta do requisito da verossimilhança da alegação e não condiz com o juízo de probabilidade e cognição sumária do art. 273, do CPC.

Entretanto, deu razão aos agravantes no que se refere à impossibilidade do Município desalijar a agravante *manu militari*. Isso porque o fato do bem ser público e de proteção ambiental não afasta a necessidade de se observarem questões de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

Assim, considerando as previsões constitucionais acerca da preservação do direito à moradia, não pode a Municipalidade valer-se da auto-tutela para ingressar no imóvel, sendo condição a autorização judicial. Se o Município tivesse agido tão logo as construções tivessem sido erigidas, poderia demoli-las. No entanto, por longos anos conviveu com a ocupação indevida do imóvel e até mesmo recebeu os tributos incidentes sobre o bem, razão pela qual não pode pretender a desocupação da casa sem a utilização dos remédios legais.

O recurso, então, foi parcialmente provido para reconhecer, em sede de tutela antecipada, o direito da agravante de permanecer no imóvel enquanto o agravado não adotar as providências cabíveis.

Analisando o julgado, nota-se que já existe um reconhecimento do direito à moradia enquanto fundamental, porque o acórdão faz referência à dignidade da pessoa humana. Entretanto, esse direito não é reconhecido no mesmo patamar do direito à preservação do meio ambiente.

Outro problema desta decisão é que, muito embora tenha reconhecido o direito à moradia da autora, não afasta a possibilidade do Poder Público vir a desaliá-la em outra oportunidade em que recorrer aos meios judiciais cabíveis. Assim, o direito à moradia não está garantido definitivamente, mas apenas até que a Municipalidade intente nova ação para remover a moradora do local.

A solução dada pelo Magistrado de reconhecer o *status* da moradia como sendo equivalente ao do meio ambiente é aparente, pois ela serve apenas para discutir uma questão de procedimento. Do ponto de vista do conteúdo, não há reconhecimento do direito à moradia, pois admite a remoção, só não apoiando neste momento porque a técnica utilizada não foi adequada.

A desídia do Poder Público durante anos de ocupação não consistiu em fator decisivo para que o Tribunal se posicionasse no sentido da permanência dos moradores no local. Dessa forma, a qualquer momento, desde que utilizada a via correta, o Município poderá tomar para si a área pública habitada por inúmeras famílias.

Reprova-se essa tendência dos julgados em privilegiar a técnica em detrimento do conteúdo dos direitos em jogo. É o que ocorre, ainda, na presente decisão, quando o Tribunal deixa de avaliar o direito de retenção do agravante porque o momento processual não é adequado, pois “não condiz com o juízo de probabilidade e a cognição sumária do artigo 273, do CPC”, e avalia a litigância de má-fé suscitada pelo agravado segundo a interpretação de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.⁵⁵ Com tal comportamento, o Tribunal deixa de apreciar o direito porque o instrumental não é correto.

⁵⁵ O Tribunal utiliza-se dos comentários de NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em vigor*”.

Inconscientemente, o Tribunal incorpora o direito à moradia, mas a questão da forma prepondera no momento decisivo. A lógica jurídico-formal prepondera em última análise no fundamento da decisão.

Porém, há que se reconhecer o valor positivo da decisão a medida que abre um caminho para que o Tribunal, ao analisar definitivamente a questão, leve em consideração o direito à moradia envolvido na demanda, sendo relevante transcrever o trecho em que o magistrado assumiu a tutela do direito à moradia: “Se é certo que a Constituição Federal consagra o direito da propriedade (art. 5º, XXII), não menos correto que a mesma prevê, em seu artigo 1º, o princípio da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, tudo intimamente ligado ao direito social da moradia e ao reconhecimento da casa como asilo inviolável”.

Além disso, ao expressamente referir-se ao “direito social à moradia”, o Tribunal está assumindo que o direito à moradia, por ser um direito social, é também um direito humano e fundamental. Tal posicionamento dá margem ainda para deduzir-se que nesta concepção está implícito o direito à cidade, que também tem *status* de direito fundamental.

É relevante também o posicionamento do Magistrado que considerou a desídia da Municipalidade em vigiar a área objeto do litígio fato relevante para que ela não possa, repentinamente, resolver tomar para si o imóvel e desalojar as famílias ali residentes.

O fato da Municipalidade ter recebido por longos anos os tributos incidentes sobre o bem constitui um signo de boa-fé e uma externalidade do domínio, já que somente se paga por aquilo que se acredita ser seu ou ter a possibilidade de vir a sê-lo.

Sobre a recusa dos agravantes em atender a notificação administrativa municipal na qual se postula a desocupação imediata do imóvel público, foi relevante o posicionamento do Tribunal que entendeu que tal atitude “não legitima a intenção do Município na demolição das construções erigidas no terreno”. Isso porque, levanta-se a questão da legitimidade, que é um dos critérios da eficácia social da norma, ao lado da incidência e da finalidade.

5.3.2.9

TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação n. 2005.001.03660, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Antonio César Siqueira, julgamento em 07.06.2005.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Município do Rio de Janeiro a fim de promover a imediata desocupação de áreas invadidas, a derrubada de construções existentes em área situada em faixa marginal de proteção ambiental.

A sentença de 1º grau decidiu pela procedência do pedido, determinando a proibição da permanência ou do retorno dos réus à faixa marginal de proteção ambiental da Lagoa da Tijuca, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Apelaram, então, da decisão, José Deolindo de Oliveira Filho e outros, bem como José Euclides da Silveira Abreu e outros.

O Tribunal iniciou a decisão ressaltando que tanto a ocupação quanto a construção no local se deram de forma indevida. A área em questão é de preservação permanente segundo o art. 2º, do Código Florestal.

A condição social dos réus não justifica, segundo o Tribunal, a prática de atos ilícitos, pois as leis ambientais tutelam direitos difusos, resguardando uma gama indefinida de pessoas, o que se sobrepõe a eventual direito coletivo à moradia de alguns, ainda mais no caso em que se trata de verdadeira invasão de bem público.

A cobrança de IPTU dos ocupantes também não altera a situação de ilicitude da ocupação. Segundo o juízo de 2ª instância, a simples cobrança de um tributo não indica qualquer concordância do poder público com a situação fática.

Em relação à demolição das edificações, o Tribunal se manifesta favoravelmente, pois a remoção dos moradores da área infere a destruição dos imóveis, bem como viabiliza a recuperação da área degradada.

Dessa forma, negou-se provimento aos recursos, por unanimidade.

Analisando o julgado, a argumentação que causa maior impacto nesta decisão é a clara sobreposição do direito ao meio ambiente sobre o direito à moradia que o Tribunal adota. Além disso, o TJRJ suscita dúvida quanto ao direito à moradia dos cidadãos, uma vez que se refere a um “eventual direito coletivo à moradia de alguns”. Ora, todos os cidadãos possuem o direito à moradia

e este não é menos importante que o direito ao meio ambiente, pois também está constitucionalmente assegurado e só tem sentido real na perspectiva da qualidade de vida humana. Afinal, o conteúdo da diretriz da sustentabilidade do Estatuto da Cidade é o alcance de uma melhor qualidade de vida aos habitantes da cidade.

Também na Constituição Federal, o conceito de meio ambiente inclui o homem, pois o meio ambiente é uno e compreendido pelo meio ambiente natural e construído, não havendo qualquer tipo de exceção.

Ademais, o direito à moradia também é um direito difuso⁵⁶ a medida que, quando constitucionalmente assegurado pelo Art. 6º, da Constituição Federal de 1988, ele se destina indiscriminadamente a todos os cidadãos brasileiros, uma coletividade não passível de identificação.

Considerar, assim, apenas o direito ao meio ambiente como sendo um direito transindividual é flagrantemente equivocado. O direito à cidade, também direito difuso e de caráter mais amplo, a medida que contempla tanto o direito à moradia quanto o direito ao meio ambiente, impede que sejam dadas interpretações como essa do Tribunal à questão. Conforme já ressaltado, sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos que devem coexistir, sendo portanto falso o reconhecimento de um conflito inerente à sua coexistência, ainda mais em se tratando de dois direitos sociais, como o são.

A garantia do direito coletivo à moradia de “alguns”, como quer dizer o Tribunal, representa a garantia do direito difuso à cidade de todos nós: uma cidade única, plena, que realiza os direitos sociais de seus habitantes em seu âmbito urbano e rural segundo uma concepção de Plano Diretor que viabiliza a política urbana, que promove a integração social, que se interessa com o bem-estar coletivo e que é, verdadeiramente, a cidade de todos.

Pode-se aferir que a decisão adota uma linha muito específica que não privilegia o direito à moradia, pois trata da remoção das famílias, bem como da demolição de suas casas como um fato bastante natural decorrente da definição legal de que a área ocupada é de preservação permanente.

Não há qualquer avaliação do impacto social que esta decisão causará e das consequências que dela podem advir, inclusive de responsabilidade do Poder

⁵⁶ O direito difuso é indivisível e os titulares deste direito não são passíveis de determinação, individualização. Conceito de GRINOVER, Ada Pellegrini. da Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 743.

Executivo, além do que, conforme já se teve oportunidade de ressaltar, a remoção não é permitida em casos de área de preservação, apenas admitindo-se nos casos de área de risco.⁵⁷

Em relação ao posicionamento do Tribunal acerca da cobrança de IPTU dos ocupantes, estabelece-se um grande contraponto com a decisão anteriormente analisada (item 4.3.2.8). Isso porque, segundo o presente acórdão, o pagamento do tributo por parte dos ocupantes não altera a sua situação de ilicitude, enquanto para a decisão anterior o mesmo pagamento servia para confirmar a desídia do Município em fiscalizar e proteger, devidamente, a área ocupada. Nesse sentido, é necessário destacar-se novamente que o pagamento de tributos é signo de boa-fé e externalidade do domínio, devendo beneficiar os ocupantes pois agiam como se fossem proprietários da área.

5.4

Quadro dos acórdãos levantados no TJSP segundo a incidência das palavras-chaves

	Total	S/Data	Fora	2005	2004	2003	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Moradia	175 1	23 0	38 0	0	0	3 0	8 0	6 1	15 0	19 0	21 0	18 0	16 0	8 0
Área de preservação	171 18	45 6	30 0	0	0	2 1	2 0	17 1	8 2	11 0	10 1	12 3	26 4	8 0
Meio Ambiente	668 3	19 0	127 0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	25 1	29 2
Meio ambiente e cidade	16 0	1 0	1 0	0	0	0	0	1 0	0	2 0	5 0	4 0	2 0	0
Meio ambiente urbano	21 2	3 1	8 0	0	0	1 1	0	0	1 0	1 0	0 0	4 0	1 0	2 0
Habitação	270 0	105 0	63 0	1 0	0	0	0	9 0	7 0	0	0	0	8 0	8 0
Direitos	5	1	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	0	1

⁵⁷ Segundo o inciso VI, do art. 429 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: “A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

(...) VI – urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- g) laudo técnico do órgão responsável;
- h) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;
- i) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento”.

Ver também a respeito o comentário das decisões n. “5.3.2.1” e “5.3.2.7”.

Humanos	0	0									0			0
Direitos Fundamentais	46	16	9	5	0	2	3	1	1	4	1	0	1	3
	0	0	0	0		0	0	0	0	0	0		0	0
Lei 6766/79	32	0	31	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
	0		0				0							
Lei 6766	40	3	9	0	0	0	4	4	4	3	1	4	4	4
	0	0	0				0	0	0	0	0	0	0	0
Código Florestal	128	25	26	0	0	0	6	15	13	12	7	10	8	7
	1	0	0				0	1	0	0	0	0	0	0
Lei 4771/65	3	0	2	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0
	0		0								0			
Direito à cidade	58	2	1	8	4	6	1	3	3	11	7	7	5	0
	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Lei 10.257	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
	0						0							
Lei 10257	2	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0		0											
Estatuto da Cidade	3	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	1	0
	0								0			0	0	
Ambiente natural	24	5	8	0	0	1	1	3	1	0	0	1	2	2
	1	0	0			0	0	1	0			0	0	0
Ambiente construído	2	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0		0											
Uso e ocupação	49	7	7	0	0	1	2	4	1	8	6	6	4	2
	6	1	0			0	0	0	0	0	0	4	1	0
Assentamento	90	25	12	0	0	0	1	0	8	9	5	12	13	5
	1	0	0				0		0	1	0	0	0	0
Princípios de direito urbanístico	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0
	0										0			
Princípios de direito ambiental	26	0	0	0	0	1	2	7	3	3	5	3	2	0
	2					0	0	1	0	1	0	0	0	
Função social da propriedade	22	4	3	0	0	0	2	1	1	3	2	1	3	2
	0	0	0				0	0	0	0	0	0	0	0
Plano Diretor	15	3	6	0	0	0	0	0	0	3	0	2	0	1
	0	0	0							0		0		0
Lei 13.430/02	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Lei Orgânica do Município de São Paulo	130	48	12	0	0	1	2	0	7	17	15	10	14	4
	0	0	0			0	0		0	0	0	0	0	0

Considerando o espaço temporal pesquisado, qual seja, do ano de 1995 ao ano de 2005, foi baixa a incidência de casos envolvendo o conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foram apenas 35 casos identificados no universo de 10 anos pesquisado, sendo um total de dois casos em 1995; seis casos no ano de 1996; sete casos em 1997; um em 1998; dois em 1999; dois em 2000; cinco em 2001; dois em 2003; e oito casos sem data identificada.⁵⁸ A pesquisa demonstrou que o número de acórdãos pertinentes ao tema no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é menor que o número de decisões encontradas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

E muito embora se esteja diante de direitos humanos e fundamentais, o discurso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo parece não reconhecer tais atributos ao direito à moradia e ao meio ambiente, uma vez que não encontramos nenhuma decisão mencionando tais palavras-chaves nos acórdãos que trazem hipóteses de conflito entre os direitos estudados.

Essa constatação é relevante por diversas razões. Primeiro porque leva a questionar qual tem sido a incidência das referidas palavras-chaves no período pesquisado. Segundo porque o Tribunal já se utiliza do conceito de direitos humanos e fundamentais em outras decisões, como é o caso de demandas envolvendo o direito à saúde, demonstrando reconhecer a importância do tema para o Direito contemporâneo. E, finalmente, porque se presencia um momento de afirmação dos direitos difusos, coletivos, fundamentais e humanos, inclusive no plano internacional.

Quanto à incidência das palavras-chaves, da análise da tabela confeccionada no item 4.4, chega-se à conclusão de que o Tribunal tem utilizado ainda de forma bastante parcimoniosa os direitos humanos e fundamentais para embasar suas decisões. Isso porque foram apenas cinco julgados ao longo dos dez anos pesquisados que contiveram a palavra-chave “direitos humanos”, distribuídos da

⁵⁸ Cumpre ressaltar novamente que o *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo oferece dificuldades para a pesquisa jurisprudencial. Uma delas consiste no fato de várias ementas não contarem com o número do processo e a data de julgamento. Além disso, à época da pesquisa, o *site* somente disponibilizava 200 julgados por palavra-chave pesquisada, sendo que os únicos critérios que ultrapassaram o marco de duzentas ementas foram: “meio ambiente” e “habitação”, conforme se pode verificar na tabela apresentada no início do item 5.4.

seguinte forma: um em 1995; três em 1998 e um sem data, lembrando-se, novamente, que nenhum deles tratava do direito à moradia e do direito ao meio ambiente. Em relação à palavra-chave “direitos fundamentais”, o Tribunal conta com um maior número de acórdãos, embora ainda não tenha alcançado grandes proporções na utilização do conceito, sendo um total de 46 decisões encontradas ao longo de todo o período pesquisado, distribuídas em: três casos em 1995; um em 1996; um em 1998; quatro em 1999; um em 2000; um em 2001; três em 2002; dois em 2003; cinco em 2005 e 16 que não contém a data.

Sobre a utilização dos conceitos ora analisados em outras decisões, conclui-se que existe uma restrição setorializada na utilização dos direitos humanos e fundamentais, como acontece no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Outro aspecto relevante é a ausência de decisões utilizando a Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, na argumentação do TJSP, embora referida lei tenha grande importância no ordenamento jurídico atual ao passo que instituiu inúmeras diretrizes e instrumentos para uma melhor administração do espaço urbano pelo Poder Público.

Semelhante ao que ocorre no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também não tem privilegiado a palavra “cidade” em seu discurso, bem como demonstrou não ter reconhecido ainda o direito à cidade. Apesar da tabela do item 4.4 acusar um total de 58 casos utilizando a palavra-chave “direito à cidade”, cumpre observar que os julgados não trouxeram em si o conceito contido na expressão utilizada. Isso porque a pesquisa trouxe inúmeras decisões que apenas mencionavam separadamente as palavras “cidade” e “direito”, sem no entanto dotá-las do conteúdo que a Constituição Federal, a Carta Mundial do Direito à Cidade e o Estatuto da Cidade atribuíram-lhes.⁵⁹

Os princípios também não têm sido privilegiados no discurso do TJSP. Veja-se, por exemplo, o caso do princípio da função social da propriedade, previsto desde a Constituição de 1937, embora com conteúdo diverso daquele dado pela Constituição Federal de 1988⁶⁰, que teve um total de apenas 22 aparições em acórdãos, nenhum deles referente ao caso de conflito entre o direito à moradia e o meio ambiente.

⁵⁹ Sobre o conceito de direito à cidade, ver Capítulo 2.

⁶⁰ Sobre o conteúdo do princípio da função social da propriedade, ver Capítulo 3.

Em relação à baixa judicialização dos conflitos, o quadro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se mostra bastante semelhante ao do Rio de Janeiro. O total de casos encontrados não se coaduna com a realidade vivida pela sociedade brasileira, em especial nas grandes cidades.

Além disso, existe uma lacuna real no que diz respeito à tutela do direito à cidade no âmbito dos julgados que envolvem o direito à moradia e o meio ambiente, pois em ambos os Tribunais pesquisados a iniciativa das demandas visa, em sua grande maioria, a tutela do meio ambiente e não uma solução equitativa.

Não foram encontrados acórdãos em que o autor da ação principal visasse materializar o direito à moradia, constitucionalmente assegurado. Em alguns casos, porém, tem-se que admitir a iniciativa positiva dos magistrados em tutelar o direito à moradia, ao menos provisoriamente, no caso de liminares, resguardando o direito daqueles que já vivem em área de preservação e não têm para onde ir. Nesses casos, a questão do direito à moradia, conforme se poderá verificar a seguir, é abordada apenas como um dos eixos do conflito, não constituindo discussão principal.

A tutela do direito à moradia, tanto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto em São Paulo, não tem tido autonomia suficiente para dar ensejo a ações coletivas com vistas a protegê-la.

A fim de demonstrar com maior clareza tais conclusões, a seguir foram selecionados quatro acórdãos do TJSP para serem analisados mais detidamente. O critério de escolha destas decisões levou em consideração o fato de representarem a questão principal da dissertação, qual seja, o contexto do conflito entre o direito à moradia e a preservação ambiental ou aqueles julgados que se destacaram pela maneira como realçaram e deram relevância ao direito à moradia.

5.4.1

Principais casos selecionados no TJSP

Nº do Processo do TJSP	Data do Julgamento	Tipo de Ação e Partes	Pedido ⁶¹	Legislação aplicada	Marco Teórico	Decisão do Tribunal
49.576-5	30/11/1998	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública. Agte.: Mário Sérgio Gonçalves e outros Agdo.: Ministério Público, Sociedade de Amigos do Bairro do Sahy e Prefeitura Municipal de São Sebastião.	Os agravantes querem continuar a exercer o direito de habitar a área já construída do Morro do Capuçu até julgamento final da ação civil pública que havia pedido a lacração e interdição dos imóveis.	Decreto n. 27.070/87 ⁶²	Exercício regular de direito de habitar	Recurso de agravo provido por unanimidade para que aqueles que já residem no local continuem fruindo de seus imóveis até o julgamento final da ação civil pública.
125.688-5	21/06/2000	Apelação em Ação Civil Pública (recurso <i>ex officio</i>) Apte.:	Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta sustentam que não podem ser responsabilizados	Art. 2º, CF/88 ⁶³ Lei 6766/79 ⁶⁴ Art. 128, 460 e 461, §1º, CPC ⁶⁵	Hely Lopes Meirelles: sobre área de compensação ⁷⁰	Parcial provimento aos recursos oficial e do Ministério Público e total improvimento

⁶¹ O pedido, segundo Humberto Theodoro Jr., “exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. (...) É a revelação da pretensão que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo”. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento*. Volume I. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 318.

⁶² Decreto que regulamenta o Fundo Estadual de Recuperação de Interesses Difusos Lesados.

⁶³ Art. 2º, CF – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶⁴ Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

⁶⁵ Art. 128, CPC – O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460, CPC – É defeso ao juiz proferir sentença em favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único – A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Art. 461, CPC – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

⁶⁶ Lei 4771/65 – Institui o Código Florestal.

Art. 2º - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. [\(Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

~~)-(Vide Lei nº 7.803 de 18.7.1989)~~

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. [\(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989\)](#)

⁶⁷ Lei Estadual de São Paulo 9866/97 – Dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências.

⁶⁸ Decreto Estadual 43022/98 – Regulamenta dispositivos relativos ao Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, de que trata a Lei 9866/97, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e a recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá providências correlatas.

⁶⁹ Lei Estadual 898/75 – Disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo e dá providências correlatas.

Lei Estadual 1172/76 – Delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água, a que se refere o artigo 2º da Lei Estadual 898/75, estabelece normas de restrição do uso do solo em tais áreas e dá providências correlatas.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª edição. RT, p. 446: “A aquisição de área de compensação não precisa ser feita, necessariamente, por via expropriatória. Pode ser feita por contrato de venda e compra.”.

		Antonio Gomes da Cunha e outros Apte. 2: Ministério Público Apdo.: Ministério Público e outros Apdo. 2: Antonio Gomes da Cunha e outros				
188.792- 5	08/11/2000	Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública Agte: Fazenda do Estado de São Paulo Agdo: Ministério Público	Recorreu-se de decisão liminar que mandou extinguir o núcleo habitacional e restaurar a área degradada, pedindo a ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado,	Art. 2º, CF/88 ⁷¹ Lei 4771/65, art. 22 ⁷² Art. 2º, Lei 8437/92 ⁷³ Art. 664, CPC ⁷⁴	“fumus boni iuris” e “periculum in mora”	Parcial provisório do recurso, tendo sido acatados apenas os pedidos para não demolição das habitações e diminuição do valor da multa diária

⁷¹ Art. 2º, CF – São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁷² Lei 4771/65 – Institui o Código Florestal.

Art. 22 – A União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios, fiscalizará a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis.

§1º - Nas áreas urbanas, a que se refere o parágrafo único do artigo 2º desta lei, a fiscalização é da competência dos Municípios, atuando a União supletivamente.

⁷³ Lei 8437/92 – Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.

Art. 2º - No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

⁷⁴ Art. 664, CPC – Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia.

Parágrafo único – Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto.

			considerar a decisão nula, aumentar o prazo para realização da medida e retirar a exigência de multa, pois além de ser inviável impor-se multa à Fazenda, o valor é muito alto.			
171.834-5/8	06/08/2001	Apelação em Ação Civil Pública Apte: Prefeitura Municipal de São Sebastião e	Permitir ao Município alterar os limites de preservação ambiental previstos no Código Florestal por se cuidar de matéria de	§1º, art. 24, e II, art. 30, CF ⁷⁵ Lei Municipal 1273/98 ⁷⁶ Art. 1º, 2º e 3º, Código Florestal ⁷⁷	Daniel Roberto Fink – função ecológica da propriedade ⁸¹ José Afonso da Silva: limites de atribuições dos	Negou-se provimento ao recurso para considerar inconstitucional a lei municipal que diminuiu as restrições de edificação às

⁷⁵ Art. 24, §1º, CF – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) §1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Art. 30, II, CF – Compete aos municípios: (...) II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

⁷⁶ Lei que alterou o artigo 26 da Lei 848/92 diminuindo as restrições para construção em áreas de preservação ambiental. O *site* da Prefeitura de São Sebastião não disponibiliza o inteiro teor da legislação anterior a julho de 2005.

⁷⁷ Lei 4771/65. Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Parágrafo único. As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade (art. 302, XI b, do Código de Processo Civil).

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: ([Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; ([Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; ([Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; ([Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; ([Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; ([Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; ([Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; ([Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. ([Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

i) nas áreas metropolitanas definidas em lei. ([Incluído pela Lei nº 6.535, de 1978](#)) (Vide Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. ([Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989](#))

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§ 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.

⁷⁸ A Resolução do CONAMA 4/95 estabelece as "áreas de segurança aeroportuária" – ASA's. Pesquisa efetuada em <http://www.mma.gov.br/port/conama/legipesq.cfm?tipo=3&numero=4&ano=1995&texto=>.

Acesso em 30 de janeiro de 2005. Provavelmente o número da resolução foi erroneamente colocado no acórdão, pois o tema da demanda não tem a ver com o objeto desta resolução.

⁷⁹ Lei 6938/81 – Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Art. 8º, VII – Incluir-se-ão entre as competências do CONAMA: (...) VII – estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

⁸⁰ Lei 6766/79 – Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

Art. 4º, III – Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

(...) III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.

⁸¹ Daniel Roberto Fink, em seu artigo "Vegetação de Preservação Permanente e Meio Ambiente Urbano" In Revista de Direito Ambiental, Editora RT, n. 02, p. 81: "A função ecológica da propriedade, particularmente a preservação dos elementos naturais, deve ser observada no exercício do direito de propriedade, seja esta urbana ou rural, pública ou particular. Isto funda-se

		outro Apdo: Ministério Público				
--	--	---	--	--	--	--

na importância de que os recursos naturais (água, flora, fauna, ar e solo) representam para a vida do homem, considerando-se, inclusive e, talvez principalmente, as futuras gerações”.

⁸² José Afonso da Silva (sem referência) “A política dos espaços verdes se revela, pois, na proteção da natureza, a serviço da urbanização, conexas com a proteção florestal ou parte dela, com o objetivo de ordenar a coroa florestal em torno das grandes aglomerações, manter os espaços verdes existentes nos centros das cidades, criar áreas verdes abertas ao público, preservar áreas verdes entre habitações, tudo visando contribuir para o equilíbrio do meio em que mais intensamente vive e trabalha o homem. Essa política há de ser estabelecida pelos planos diretores de leis de uso do solo dos Municípios ou Regiões Metropolitanas e Aglomerações Urbanas, mas no referente às florestas de preservação permanente terão que observar os princípios e limites previstos no artigo 2º, parágrafo único, do Código Florestal, conforme determinação de seu parágrafo único acrescentado pela Lei 7803/89”.

Sobre a competência do Município, José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª edição, p. 215) pontua que ele só pode formular “normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas”.

⁸³ Segundo o acórdão, Norberto Bobbio considera que a “norma inferior não pode violentar norma principal do sistema jurídico, sob pena de decretar a sua falência”.

5.4.2

Análise dos principais acórdãos do TJSP

5.4.2.1

TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 49.576.5/4, Comarca de São Sebastião, Relator: Guerrieri Rezende, julgamento em 30.11.98.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Sociedade de Amigos do Bairro do Sahy em face de Mário Sérgio Gonçalves, Toque-Toque Empreendimentos Imobiliários Ltda., espólio de José Ventura Neto e Carmem Consuelo Chacon Coelho, figurando como assistente a Prefeitura do Município de São Sebastião. Objetiva a demanda condenar os réus em obrigação de não fazer consistente na cessação das atividades nocivas ao meio ambiente, como desmatamento, retirada de terra, construções de casas, instalação de loteamento, ligação de esgoto clandestino ou inadequado, ou alternativamente, em obrigação de fazer, consistente em recuperar o Morro do Capuçu, recompondo a paisagem desmatada pelos réus e demolindo as edificações existentes. Na impossibilidade, requerem os autores o pagamento de indenização pelos danos ambientais causados a ser recolhido ao Fundo Estadual de Recuperação dos Interesses Difusos Lesados, regulamentado pelo Decreto 27.070/87.

Foi concedida medida cautelar pelo juízo monocrático para manter a área no estado em que se encontra. No entanto, os agravantes conseguiram suspender o curso da ação civil pública por meio de embargos de terceiro.

Mais tarde, observando a desobediência à liminar deferida, o representante do Ministério Público pleiteou a lacração das residências dos réus e a proibição da venda de qualquer lote de terreno ou casa, tendo o seu pedido atendido pelo magistrado *a quo*.

Ingressaram, assim, os réus com agravo de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, primeiramente, concedeu efeito suspensivo ao agravo para que os agravantes exerçam o direito de fruir os imóveis já construídos na área, mantendo os demais efeitos da medida cautelar.

Alegam em sede de agravo que com a suspensão da ação civil pública, suspenderam-se também os efeitos da liminar nela obtida, por isso continuam construindo no Morro do Capuçu.

O juízo de 2ª instância assevera que os agravantes obtiveram aprovação municipal do projeto para construção na área de preservação ambiental localizada no Morro do Capuçu, entendendo, por isso, estarem no exercício regular de seus direitos.

Assim, desconsiderando as questões principais que serão discutidas em sede de ação civil pública, o Tribunal atenta para o fato de existirem, na data do julgamento, cerca de 40 residências, com aproximadamente 200 famílias, no Morro do Capuçu, sendo que desabrigá-las antes do término do processo principal em nada mudará o panorama da região, que já foi desmatada, explorada e comprometida em sua vegetação primária.

O Tribunal concluiu, então, por unanimidade de votos, pela procedência do agravo e conseqüente reforma da decisão agravada para que os agravantes exerçam o direito de habitar os imóveis já construídos na área do Morro do Capuçu até julgamento final da ação civil pública, destacando, porém, que ficam proibidas novas construções.

Analizando o julgado, nota-se que o Tribunal, ao permitir que os agravantes permanecessem nos imóveis até o final da ação principal, ainda que não tenha sido expressamente, tutelou o direito à moradia das inúmeras famílias que ali habitam, evitando a demolição dos imóveis.

No entanto, a decisão não confere segurança aos moradores, pois, a qualquer momento, por força de decisão divergente na ação principal, eles podem ser obrigados a deixar o local. Assim, o Tribunal, ao não abordar diretamente a questão da moradia no acórdão, deixando para a decisão final apurar o mérito do processo na ação principal, acabou não tutelando o principal direito envolvido na questão, que é o direito social à moradia.

E como bem observado pelo juiz relator do acórdão, os moradores obtiveram aprovação municipal do projeto para construção na área, não podendo, de uma hora para outra, terem suas residências demolidas e serem obrigados a deixar o local quando, muitas vezes com grande sacrifício, construíram ali suas casas.

Cabe aqui a observação tecida em acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre a responsabilidade do Poder Público pela fiscalização das áreas de preservação ambiental e das construções que são erigidas no Município.⁸⁴ A desídia da Administração em fiscalizar devidamente as áreas de sua competência e promover o adequado uso do solo não pode depois justificar uma intervenção repentina, desabrigando famílias, ainda mais no presente caso em que houve, inclusive, aprovação pela Municipalidade do projeto para construção das casas.

5.4.2.2

TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 125.688-5/9-00, Comarca de São Bernardo do Campo, Relator: Paulo Travain, julgamento em 21.06.2000.

Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Sociedade Amigos do Parque Ideal, Osvaldo Gomes de Moura e sua mulher Rute Maria Gomes de Moura, Antonio Gomes da Cunha, Luiz José Pimenta, Inácio Alves de Souza, José Carvalho Leal, Felismino Crino Martins, Marianna Caligiuri Ronchetti e Prefeitura Municipal de São Bernardo, visando reparar dano ao meio ambiente em razão de implantação de loteamento clandestino em área de mananciais de preservação permanente, requerendo-se a condenação dos réus a, solidariamente, restaurarem a área, no estado anterior, recompondo o complexo ecológico atingido, demolindo as edificações e recompondo a superfície do terreno.

A sentença de 1ª instância julgou parcialmente procedente o pedido em face de Osvaldo Gomes de Moura, Antonio Gomes da Cunha, Luiz José Pimenta, Marianna Caligiuri Ronchetti e Prefeitura do Município de São Bernardo.

Houve os seguintes recursos:

Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta sustentam que não poderiam ser responsabilizados porque são pessoas humildes e de pouca instrução e que foram vítimas ao adquirirem os lotes irregulares, o que só ocorreu porque eram sócios da Sociedade Amigos do Parque Ideal. Atribuem a responsabilidade ao

⁸⁴ A respeito consultar os comentários das decisões “5.3.2.4” e “5.3.2.6”, do TJRJ.

Município de São Bernardo do Campo e, subsidiariamente, requerem a citação dos 259 adquirentes dos lotes.

Marianna Caligiuri Ronchetti alega que não promoveu nenhum loteamento e nem causou danos ao meio ambiente pois apenas era proprietária da área e, para facilitar a alienação, promoveu o seu desmembramento regularmente em 8 módulos junto à Prefeitura Municipal. Alega, ainda, que as vendas foram feitas por corretores e que, por isso, desconhecia os destino que os adquirentes lhes daria.

A Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo recorre alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença por conter julgamento “extra petita”. Diz que a condenação em indenização é incabível, uma vez que houve condenação em obrigação de fazer. Além disso, diz que a condenação na aquisição da área implica em desapropriação, o que significa ingerência do Judiciário na esfera do Poder Executivo. Ressalta também que as obrigações impostas não atendem ao interesse difuso, além de contrastar com a ordem legal vigente, e, por fim, diz que os prazos fixados são exíguos, não concordando com os honorários do perito e assistente técnico.

O Ministério Público recorreu adesivamente alegando, quanto à recuperação das áreas de preservação permanente, que as medidas determinadas em sentença são insuficientes; em relação ao desassoreamento da Represa Billings diz que a determinação parece primária porque o objetivo da ação é esse; quanto à área de compensação, diz que deve ter o seu tamanho e localização alterados, devendo ser adquirida área livre e vegetada de 129.500 m², tendo como parâmetro o tamanho mínimo do lote; e, por fim, diz que a sentença silenciou sobre a condenação dos apelados ao pagamento de multa diária pelo descumprimento da liminar, fato que restou indubitado.

A preliminar de nulidade levantada pela Municipalidade de São Bernardo do Campo não encontrou procedência segundo o Tribunal. Além disso, considerou-se perfeitamente cabível a cumulação de indenização com obrigação de fazer quando esta não for totalmente possível de se realizar.

Quanto aos réus Antonio Gomes da Cunha e Luiz José Pimenta, o Tribunal declarou que adquiriram a gleba em nome próprio e participaram da diretoria da Sociedade Amigos do Parque Ideal desde a sua criação, então destinada realização do plano. Além disso, eles adquiriram lotes em outros loteamentos clandestinos

próprios e autorizaram a proprietária Marianna a outorgar a escritura pública diretamente à Sociedade de Amigos do Parque Ideal, sendo que os sócios, na verdade, adquirentes, remanescem na titularidade do terreno.

A ausência dos demais adquirentes na ação procede porque ela se volta contra aqueles que idealizaram e colocaram em prática o loteamento clandestino.

Osvaldo Gomes de Moura era presidente da associação quando da aquisição da área e, além disso, comparece pessoalmente como promitente vendedor em contratos padronizados.

Marianna Caligiuri Ronchetti sabia da proibição do loteamento, pois consultara a Secretaria Estadual do meio Ambiente e foi informada da possibilidade do parcelamento da área em apenas 73 lotes, o que foi feito justamente na mesma época em que foi criada a Sociedade Amigos do Parque Ideal. Todas as glebas desmembradas foram alienadas por Marianna com o mesmo fim, construir loteamentos clandestinos através de Associações como Ouro Verde, Parque Ideal, Parque das Garças e Parque dos Pássaros. Assim, ela não poderia ignorar a forma “clandestina” dos loteamentos.

A Municipalidade também tem responsabilidade. Chegou a ajuizar ação civil pública para impedir o referido loteamento e acabou desistindo. Assim, foi omissa e, em seguida, levou para o local infra-estrutura com o que estimulou ainda mais as edificações. Além disso, as obrigações impostas visam a proteção ambiental, o que interessa a toda coletividade, contrariando as alegações da Municipalidade. Por outro lado, a aquisição da área não interfere nas atribuições do Poder Executivo porque apenas condena os réus a repararem os danos causados. Além disso, não se faz necessária via expropriatória, pois como afirma Hely Lopes Meirelles, a aquisição de área de compensação pode ser feita por contrato de compra e venda.

Os prazos fixados são mantidos pelo Tribunal, bem como os honorários do perito e assistente técnico, pois fixados com critério.

O recurso do Ministério Público é parcialmente acolhido pelo Tribunal. Em relação às áreas de risco, o Tribunal determina aos co-réus que apresentem, em 60 dias, projeto técnico para recuperar a vegetação. O desassoreamento dos cursos d'água também é determinado, pois objetivo da ação. Quanto à área de compensação, o Tribunal concorda com a posição ministerial de que ela deve ser maior que a imposta pela legislação (35% segundo a lei 6766/79).

Assim, negou-se provimento aos recursos de apelação e deu-se parcial provimento ao recurso do Ministério Público, por votação unânime.

Analisando o julgado, fica evidente a existência de casos em que o parcelamento, a venda e o loteamento de áreas de preservação ocorrem de forma a fraudar a lei contando com a má-fé de loteadores e proprietários. Foi o que nesse caso ficou comprovado de acordo com o seguinte trecho retirado do acórdão: “(...) E, cientes da proibição legal de se lotear a gleba, os co-réus valeram-se de artifício já utilizado em “*loteamentos*” irregulares anteriores: adquiriram a gleba em nome de uma “*associação de moradores*”, composta pelos “*sócios*”, que nada mais são que os adquirentes das frações do terreno, que são os que, por força dos “*Estatutos*”, têm direito à aquisição. Auferidos os lucros com a venda das “*frações ideais*”, o “*empreendedor*” e seus “*laranjas*” cedem seus direitos sobre as “*frações*”, de modo que apenas remanescem, como sócios, os adquirentes, quase sempre pessoas simples e humildes. Esse o artifício que os co-réus já utilizaram em “*loteamentos*” clandestinos anteriores”.

A ocupação da área, a exemplo de outras, é composta por inúmeras famílias, que desconheciam a origem e forma como foi fragmentada a área, desconhecendo também a proibição de construção do local, não se podendo, portanto, generalizar a consideração de que todo o loteamento é ocupado por fraudadores.

De qualquer forma, os moradores estavam de boa-fé porque eles até pagaram pela obtenção dos terrenos dentro do loteamento acreditando estarem adquirindo a sua moradia. É preciso, portanto, considerar os interesses dos vários sujeitos envolvidos na transação do loteamento. Isso porque, alguns apenas visavam obter vantagens econômicas com a venda dos lotes a pessoas humildes e inocentes, devendo ser responsabilizados, enquanto outros, os moradores, somente queriam ter um lugar para morar.

O conflito de tais interesses é que demonstra, no processo, quem estava de má-fé e quem estava de boa-fé, respectivamente.

O Tribunal, por sua vez, demonstra reconhecer o direito à moradia daqueles que vivem no loteamento, pois decide pela manutenção das pessoas no local, sem a demolição das edificações.

Quanto ao Município de São Bernardo do Campo, vale ressaltar que o fato de ter levado ao local a infra-estrutura necessária, compreendida por asfalto, energia elétrica, entre outros bens, depõe a seu favor, ao contrário do que o

Tribunal considerou como sendo indício de responsabilidade pela ampliação das construções.

Uma vez que a moradia estava consolidada, com inúmeras famílias vivendo no local, era dever da Municipalidade reconhecer o direito à moradia no loteamento, não podendo abandonar os moradores e deixar de oferecer no local os serviços e equipamentos públicos necessários a uma sadia qualidade de vida.

E essa é a grande questão que se considera deva ser analisada quando da decisão em favor do direito à moradia: se a ocupação do local está consolidada, ou seja, existe há muito tempo, conta com inúmeras famílias que já estabeleceram ali suas relações sociais, de emprego, escolares, entre outras, torna-se rigor a sua manutenção na área ocupada, oferecendo-lhes, inclusive, os equipamentos públicos necessários para garantir o pleno exercício do direito à cidade.

Apenas será admitida remoção dos moradores em casos que ofereçam risco à sua vida e integridade física. O fato da área ser de preservação ambiental não deve ser causa de eventual remoção.

Além disso, segundo a Lei Estadual 9866/97⁸⁵, em seu artigo 47, o Estado autoriza a execução de “obras emergenciais nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos de vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento” e o §1º do

⁸⁵ Lei 9866/97 – Dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências.

Art. 47 – Nas áreas de proteção de mananciais de que tratam as Leis n. 898, de 18 de dezembro de 1975, e 1172 de 17 de novembro de 1976, até que sejam promulgadas as leis específicas para as APRM's, poderão ser executadas obras emergenciais nas hipóteses em que as condições ambientais e sanitárias apresentem riscos de vida e à saúde pública ou comprometam a utilização dos mananciais para fins de abastecimento.

§1º - Para os efeitos desta lei, consideram-se obras emergenciais as necessárias ao abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem de águas pluviais, contenção de erosão, estabilização de taludes, fornecimento de energia elétrica, controle da poluição das águas e revegetação.

§2º - As obras a que se refere o “caput” deste artigo deverão constar de Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, contemplando o disciplinamento das áreas de intervenção de acordo com a legislação.

§3º - Os projetos emergenciais deverão ser aprovados pelo órgão colegiado.

§4º - vetado.

§5º - O Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo será elaborado pelo Poder Público Estadual, em articulação com os Municípios, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias da publicação desta lei, contendo justificativa técnica, agentes executores, custos e fontes de recursos, cronograma físico-financeiro e resultados esperados.

§6º - O Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo deverá ser aprovado pelo CRH e pelo CONSEMA, após o Poder Público Estadual realizar audiências públicas no prazo de 30 (trinta) dias.

§7º - Após realização de audiências públicas o Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo deverá ser aprovado pelo CRH e pelo CONSEMA no prazo de até 30 (trinta) dias.

referido artigo classifica como obras emergenciais justamente aquelas efetuadas pela Prefeitura de São Bernardo do Campo, quais sejam: “necessárias ao abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem de águas pluviais, contenção de erosão, estabilização de taludes, fornecimento de energia elétrica, controle da poluição das águas e revegetação”.

Nesse sentido, observa-se que o objetivo da regra, além de proteger o meio ambiente, é tutelar um valor maior, qual seja, a vida humana, garantindo-lhe qualidade.

Também o artigo 4º do Decreto Estadual 43.022/98⁸⁶ deve ser interpretado nesse sentido, pois ele se refere a um “eventual reassentamento” de moradores de áreas de restrição à ocupação. Isso quer dizer que a remoção deve sempre ser encarada como uma exceção e não como regra de ocupações localizadas em áreas de preservação, reservando a opção para os casos em que a vida humana está exposta a risco.

Em relação a atuação do Ministério Público, observa-se que a instituição tem privilegiado a tutela do direito ao meio ambiente nas ações civis públicas de sua autoria. Como órgão de proteção dos direitos difusos e coletivos, o Ministério Público tem se empenhado bastante em tutelar o meio ambiente. No entanto, há uma lacuna real na atuação em favor do direito à moradia, um direito humano, fundamental e também coletivo.

Assim como na maioria dos acórdãos analisados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem abordado a questão da moradia como um dos eixos da argumentação, sem dotá-la da devida importância. Muitas vezes, a expressão “direito à moradia” não vem contida no discurso do Tribunal, que, indiretamente, acaba por reconhecer tal direito ao impedir a demolição das residências.

⁸⁶ Decreto Estadual 43022/98 – Regulamenta dispositivos relativos ao Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da Região Metropolitana da Grande São Paulo, de que trata a Lei 9866/97, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e a recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá providências correlatas.

Art. 4º - Nas áreas assim declaradas como de restrição à ocupação, na forma do artigo 13 da Lei 9866/97 não poderão ser executadas obras de infra-estrutura, devendo ser previsto eventual reassentamento das populações, seguida de ações de recuperação ambiental, especialmente: I – nos corpos de água; II – nas áreas recobertas com vegetação natural primária ou em estágios médio e avançado de regeneração; III – nas áreas de restrição ou de preservação permanente e nas áreas inseridas em unidades de conservação definidas em legislação federal, estadual ou municipal; IV – naquelas declaradas por ato do Poder Público como de interesse para a preservação ou a conservação ambiental; V – nas áreas definidas como de 1ª categoria pelas leis 898/75 e 1172/76.

5.4.2.3

TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 188.792-5/4-00, Comarca de Cubatão, Relator: Paulo Travain, julgamento em 8.11.2000.

Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Fazenda do Estado e da Prefeitura Municipal de Cubatão visando a condenação das rés na obrigação de fazer consistente em extinguir fisicamente o núcleo habitacional situado atrás do C.A.I.C. de Vila Natal, em Cubatão, e em recuperar todas as áreas degradadas.

Foi concedida liminar concedendo prazo de 90 dias para a efetivação dos pedidos sob pena de multa diária.

A Fazenda do Estado interpôs agravo de instrumento alegando, em síntese, ser parte ilegítima para figurar no pólo passível da ação; ser nula a decisão por não ter sido previamente notificada da liminar a pessoa jurídica de direito público conforme a Lei 8437/92; não estarem presentes os requisitos para concessão de liminar sendo que a Fazenda do Estado vem atuando nos limites de seu poder de polícia, autuando os ocupantes; ser necessária a prorrogação do prazo concedido para seis meses conforme pedido do autor; ser o Estado insubstituível pelo Judiciário em ato da competência do Executivo e nem ser cabível a cominação de multa contra as Fazendas Públicas, além do valor ser considerado excessivo.

O Tribunal manifestou-se, primeiramente, em relação à legitimidade da Fazenda, que vem expressa nas Constituições Federal e Estadual e não pode ser afastada por disposição infra-constitucional. Além disso, a liminar não é nula pela ausência de oitiva da Fazenda, uma vez que, conforme previsto na legislação inferida, a sua supressão não gerou prejuízo para a parte.

Quanto aos requisitos para concessão de liminar, o Tribunal julgou parcialmente procedente o pedido da agravante, pois os considerou ausentes no caso de desocupação da área e demolição das edificações, uma vez que o dano já ocorreu e tal medida seria irreversível e de difícil reparação, não sendo aconselhável em sede de liminar. Por outro lado, o pedido é improcedente no que tange à vigilância do poder público.

O pedido de prorrogação do prazo perde objeto uma vez que não há mais imposição de se realizar as demolições e desocupações no momento, assim como não há que se falar em falta de previsão orçamentária para tanto.

A multa, por sua vez, é cabível no caso, segundo o artigo 644 do CPC, que não excepciona a Fazenda Pública. Contudo, tendo a liminar ficado restrita à vigilância do local, a multa diária fica reduzida para R\$500,00 (quinhentos reais), dando-se parcial provimento ao recurso por votação unânime.

Analisando o julgado, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo alega ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, não se considerando responsável pela fiscalização do local. No entanto, a sua responsabilidade, além de decorrer de norma constitucional, conforme ressaltado pelo Tribunal, também advém da sua omissão em fiscalizar a área objeto do litígio de forma a prevenir a consolidação das moradias em área de preservação.

Sobre a responsabilidade da Administração Pública, já houve oportunidade em que se demonstrou, segundo entendimento de Hely Lopes Meirelles, que “todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública (...)”⁸⁷.

E no acórdão ora analisado, a preocupação da Fazenda Pública parece restringir-se ao aspecto financeiro, ou seja, das despesas que lhe causará tomar providências no local, não havendo argumentação no sentido da proteção do direito à moradia daqueles que vivem no núcleo habitacional.

A Fazenda também constrói sua defesa em cima de alegações técnicas, derivadas do processo civil, quando afirma que não poderia ter sido concedida liminar antes da sua oitiva.⁸⁸ Esse tipo de discurso, que privilegia forma deixa de atentar para problemas sociais graves que envolvem a demanda, como é o caso do direito à moradia daqueles que vivem no núcleo habitacional ameaçado de demolição.

No entanto, conta-se com um posicionamento louvável do Tribunal de Justiça, pois atentando para o fato de que “o dano já ocorreu com o desmatamento da área”, nega a imediata desocupação e demolição das edificações, por

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 616.

⁸⁸ Art. 2º, da Lei 8.473/92 - No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

considerá-la “medida irreversível e de difícil reparação”. Nesse sentido, embora não expressamente, o Tribunal tutela o direito social à moradia, ainda que o faça provisoriamente, pois se encontra em sede de pedido liminar.

A ação principal continuará, então, caminhando no sentido de se obter autorização para serem demolidas as construções do núcleo habitacional localizado na área de preservação. Isso quer dizer que, o problema da garantia do direito à moradia dos residentes no local continuará existindo até que se tome providência definitiva em favor dos moradores da área.

Por fim, vale ressaltar que a presente demanda, bem como as demais ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, foi proposta com o fim de tutelar o meio ambiente, não tocando na questão do direito à moradia. Há, assim, uma tendência do Ministério Público e, também, do Tribunal, em privilegiar o direito ao meio ambiente em detrimento do direito à moradia.

5.4.2.4

TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 171.834-5/8-00, Comarca de São Sebastião, Relator: Guerrieri Rezende, julgamento em 06.08.2001.

Foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Prefeitura Municipal de São Sebastião visando impedir a ré de expedir licença ou autorização ambiental com base na Lei Municipal n. 1273/98, uma vez que impõe restrições menores que as previstas no Código Florestal, sendo por isso, inconstitucional e ilegal.

A sentença de 1ª instância julgou procedente a ação, condenando a Municipalidade a abster-se de autorizar licenciamentos ambientais e licenças de construção com os limites previsto em sua lei municipal, sob pena de multa no valor de dez mil reais para cada licenciamento ou ato administrativo expedido em desacordo com a sentença.

A Municipalidade apelou alegando: ser possível ao legislador municipal alterar os limites de preservação ambiental previstos no Código Florestal por se tratar de matéria de interesse local e pertinente a áreas exclusivamente urbanas; serem tais limites os máximos previstos para as áreas urbanas e não o mínimo;

tratar-se de competência suplementar com o objetivo preservacional; e ser aplicável a Lei 6766/79, mais recente se comparada com o Código Florestal.

O Tribunal desacolheu a pretensão recursal, pois considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal, que é lei nacional que tutela as florestas e demais formas de vegetação natural, bens de interesse comum a todos os cidadãos, conforme estudo de Daniel Roberto Fink.

Além disso, a supremacia do interesse público nacional é superior ao interesse local; e os interesses públicos preservados pelo Código Florestal são indisponíveis, não podendo o legislador municipal restringi-los sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro.

Assim, o Município pode estabelecer sua política urbana, desde que respeitados os limites de atribuições ditados na Constituição, como pontua José Afonso da Silva.

Norma inferior, nesse sentido, não pode violentar norma principal do sistema jurídico sob pena de ser decretada sua falência, conforme pensamento de Norberto Bobbio.

A Lei 6766/79, por sua vez, quando impôs a tutela urbanística e seus requisitos para uso e ocupação do solo, dispôs, no artigo 4º, inciso III, que é obrigatória a reserva de faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado ao longo das águas correntes e dormentes, salvo exigências maiores da legislação específica.

Segundo o Tribunal, a legislação referida na Lei 6766/79 é o Código Florestal que estipula metragens maiores de proteção, dependendo da largura do curso d'água. Assim, o Município somente poderia aumentar a faixa de preservação garantida ao longo dos rios e nunca diminuí-la.

O recurso foi, então, improvido por unanimidade, deduzindo a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1273/98.

Analisando o julgado, admite-se a sua relevância, pois demonstra a posição do Tribunal frente a um possível conflito normativo entre o Código Florestal e a Lei de Uso e Ocupação do Solo⁸⁹. E nesse sentido, o Tribunal privilegiou a tutela do meio ambiente ao considerar que a faixa *non aedificandi* deve obedecer os parâmetros do Código Florestal por serem maiores que os da Lei de Uso e

⁸⁹ Sobre a legislação pertinente ao tema, sua interpretação e crítica, ver o Capítulo 4.

Ocupação do Solo, bem como da lei municipal de São Sebastião questionada na demanda.

Porém, considera-se que, quando o Município estabelece limites inferiores aos constantes nas leis federais citadas, ele não o faz apenas devido à sua competência em razão do interesse local, mas também em função da sua competência para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”⁹⁰. E isso compreende também atentar para as características peculiares da área urbana municipal e as necessidades sociais vivenciadas, em especial, as relativas à moradia.

E a tutela do meio ambiente, como o próprio Tribunal admitiu ao adotar o conceito de Daniel Roberto Fink sobre a função ecológica da propriedade, visa proteger um bem maior que é a vida do homem.

Nesse aspecto é que faltou ao Tribunal discutir a questão fundamental do direito à moradia envolvida na demanda. Isso porque o possível conflito das leis citadas no acórdão envolve a proibição de se construir em áreas de preservação situadas à margem de cursos d’água. Construir pode significar, portanto, construir moradias. Assim, não se mostra suficiente a mera discussão a respeito da hierarquia de normas, pois a situação se revela mais complexa.

Novamente é preciso atentar para o fato de que o Tribunal não tem reconhecido, na grande parte das demandas, o direito social à moradia, deixando de abordar o aspecto desafiador do problema que é o conflito real existente entre o direito ao meio ambiente e o direito à moradia.

Também não há menção ao direito à cidade, o qual poderia servir como baliza para solucionar os problemas urbanos, bem como não é aplicado o princípio da sustentabilidade das cidades para direcionar a interpretação dos magistrados.

⁹⁰ Texto do artigo 30, VIII, da Constituição Federal.