

6

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

São diversas as espécies de tensão envolvendo o direito à moradia digna e o direito ao meio ambiente. Conforme já fora afirmado, não se pretende aqui esgotar tais possibilidades, trazendo à tona todas as hipóteses em que o conflito ocorre. Também não é nossa intenção oferecer uma análise de todas as possíveis contradições encontradas na normativa brasileira analisada no Capítulo 3 de nosso trabalho.

Assim sendo, apenas a título de exemplo, cumpre-nos demonstrar como essa tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente vem ocorrendo nas áreas urbanas para, a seguir, oferecer as bases para a sua interpretação.

O exemplo adotado é o das ocupações com fins de moradia às margens dos cursos d'água nas áreas urbanas, em que supostamente estariam em conflito a Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei 6766/79) e o Código Florestal (Lei 4771/65).

Conforme o artigo 2º do Código Florestal, são áreas de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

O parágrafo único do artigo 2º merece destaque por ser o texto que supostamente estaria a conflitar com o art. 5º da Lei 6766/79 - Lei de uso e ocupação do solo, que coloca como faixa *non aedificandi* ao longo de águas correntes e dormentes a área correspondente a 15 metros de cada lado, diminuindo a exigência do Código Florestal que considera mínima a medida de 30 metros, conforme se pode observar.

Também cabe destacar a redação da Resolução do CONAMA n. 303/2002, que ao tratar do tema, adotou o mesmo sentido das disposições do Código Florestal.¹

E não bastasse haver essa contradição entre as normas, que usualmente demandaria solução através das regras de hierarquia, competência e especialidade, podem vir a ser observadas também outras hipóteses de conflitos normativos quando, por exemplo, nos deparamos com o caso da decisão do TJSP, Apelação Cível n. 171.834-5/8-00, da Comarca de São Sebastião.²

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

Nesse caso, o Tribunal considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal, que é lei nacional que tutela as florestas e demais formas de vegetação natural, bens de interesse comum a todos os cidadãos, destacando que a supremacia do interesse público nacional é superior ao interesse local; argumentando também que os interesses públicos preservados pelo Código Florestal são indisponíveis, não podendo o legislador municipal restringí-los sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro.

¹ Ver Capítulo 4, item 4.1.10.

² Ver Capítulo 5, item 5.4.2.4.

Fica claro, portanto, que o Tribunal baseou-se na regra da hierarquia para prolatar sua decisão.

Além dessa controvérsia acerca das disposições do Código Florestal e da Lei

de Uso e Ocupação do Solo, é possível destacar outras leis que abordam o tema, como é o caso dos Projetos de Lei Federal 6001/2005 e 5683/2005, que pretendem alterar o Código Florestal³, o Projeto de Lei Federal 3057/00, que altera a Lei de uso e ocupação do solo⁴, o Projeto de Resolução do CONAMA – Proc. n. 02000.002382/2003-92⁵, entre outros, contribuindo, essencialmente, para acirrar a questão⁶.

Posto isso, atentamos primeiramente, ser preciso compreender que a discussão a respeito da ocupação das áreas à margem de cursos d'água é muito mais complexa do que a mera superposição ou conflito de normas entre o Código Florestal, a Lei de Uso e Ocupação do Solo ou qualquer outra normativa a respeito do tema. A discussão sobre o uso e ocupação sustentável das áreas de preservação ambiental deve levar em conta o reconhecimento de suas funções ambientais e urbanísticas na perspectiva da tutela do direito à cidade.

Além disso, nosso objetivo nesta dissertação é transpor a análise que fica restrita ao plano da eficácia jurídica da norma, para alcançar um plano mais amplo: o da eficácia social da norma, que envolve a sua legitimidade, finalidade e incidência.⁷

Portanto, a conclusão a que se chega da análise de todo o escopo normativo pertinente, é que o método ou regra da hierarquia para superar conflitos, embora seja vasto, ele é ao mesmo tempo contraditório e insuficiente para equacionar conflitos como o do direito à moradia e o direito ao meio ambiente, pois fica sempre restrito à visão dicotômica do problema.

E na esteira do entendimento já exposto anteriormente acerca da necessidade de compreender o Direito além da norma, na interpretação das leis é necessário conjugar outros conhecimentos e experiências, em especial neste

³ Ver o item 4.1.8.

⁴ Ver o item 4.1.9.

⁵ Ver o item 4.1.11.

⁶ Sobre uma análise abrangente das normativas nacionais, estaduais e municipais, ver Capítulo 4.

⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Práticas Sociais Instituintes e sua tradução jurídica e urbanística*. Projeto integrado de pesquisa Interinstitucional. RTDC – Revista Trimestral do Direito Civil, ano I, v. I, jan./mar. 2000.

trabalho que segundo vertente interdisciplinar, considera a produção de sentido no processo de interpretação.

Em todos os campos de conhecimento, não só no das regras, há um limite inerente à natureza da linguagem: a orientação que a linguagem geral pode proporcionar, considerando a textura aberta dos conceitos.⁸

É por isso que Hart defende a textura aberta do Direito, pois se todas as regras especificassem, adiantadamente, as soluções para todos os problemas, ter-se-ia uma teoria jurídica mecânica, que não exigiria qualquer esforço para interpretar os termos à luz de diferentes questões que estão em jogo nas diversas leis que se apresentam. Somente quando se depara com casos particulares é que se pode saber qual o sacrifício de interesses e valores que se estará disposto a fazer para reduzir o risco de dano.⁹

Nos estudos deste trabalho, os contextos espacial e temporal são considerados, justamente, para viabilizar a eficácia social da norma.

Nesse sentido, Hart defende que o ato de interpretar não deve buscar a intenção do legislador, mas a criação de novas possibilidades frente ao caso que se apresenta. Neste ponto Hart, assim como Warat, admitem que a interpretação implica na produção de novos sentidos para a norma.

A adoção de condições retóricas de sentido¹⁰, relativa ao direito à moradia e preservação do meio ambiente, portanto, é insuficiente para alcançar a finalidade da norma. Aliás, como identificar esse sentido em meio a tantas regras indicando caminhos contrários? Não há um modelo apto a ser seguido que garanta o acerto em toda a atividade interpretativa que é efetuada. É preciso abandonar essa concepção de que a subsunção é a forma mais eficiente de aplicar a norma.

Segundo Warat, o “ato interpretativo pode ser caracterizado como produto do convencimento jurídico”.¹¹ Trata-se propriamente da “produção de um sentido para a norma”, da capacidade que o jurista possui de argumentar e raciocinar em torno do texto legal disponível, convencendo-se do seu alcance e conjugando

⁸ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, p. 157.

⁹ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, p. 160 a 166.

¹⁰ Condição retórica de sentido é “um conjunto de regras de caráter teórico que comandam a produção do efeito de convencimento nos discursos jurídicos”. (...) Ela “indica a existência de um conjunto estereotipado de esquemas fundamentais, um conjunto comum de crenças a partir dos quais se articulam segundo uma arte de invenção chamada retórica, os processos de adequação de opiniões e afirmações particulares com esse repertório de crenças generalizado”. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 145 e 149.

¹¹ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 11.

todos os elementos necessários para dar o contorno e o sentido da norma interpretada segundo o caso concreto.

Somente das afirmações de Hart e Warat, até então expostas, já é possível depreender que a normativa analisada, na tentativa de especificar cada vez mais as hipóteses de sua aplicação a determinadas situações, acaba por restringir, de forma determinante, a oportunidade para sua interpretação ampliada e, ao contrário de solucionar os impasses decorrentes de aparentes conflitos normativos, acaba por acirrá-los ao regular excessiva e contraditoriamente acerca do mesmo tema.

Também devido a constatada pluralidade de leis abordando as questões urbanísticas, é que se faz cada vez mais necessário considerar a aplicação dos princípios de interpretação¹². Eles constituem referência privilegiada para a interpretação das normas urbanísticas, cada vez mais sujeitas ao casuísmo.

A interpretação das leis, ao demandar a adoção de um método para tornar possível a aplicação das normas aos casos concretos, não constitui um processo simples. Assim, os diversos métodos que propiciam a interpretação da lei não sempre proporcionam a produção de um sentido diverso segundo cada caso concreto. No âmbito da hermenêutica jurídica, os métodos que visam à segura interpretação da lei, podem constituir apenas “um conjunto de princípios e conceitos que funcionam como diretrizes retóricas para os raciocínios dos juristas”.¹³

Surge, então, a necessidade de buscar um método capaz de harmonizar a legislação pertinente, sem, necessariamente, optar pela revogação ou não-aplicação definitiva de uma delas.

Assim, analisando todo o escopo legal que envolve a questão do direito à moradia e do direito ao meio ambiente a fim de superar o discurso doutrinário indicativo dos “conflitos”¹⁴ existentes entre eles, este trabalho busca reconhecer a pertinência do método do diálogo das fontes¹⁵ no campo da tutela do direito à cidade.

¹² Ver Capítulo 3.

¹³ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na Interpretação da Lei*, p. 65.

¹⁴ Refere-se, aqui, a “conflitos” uma vez que já fora afirmado neste capítulo que é preciso questionar a concepção de que o direito à moradia e o direito ao meio ambiente nas cidades constituem um conflito.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

Como já vem sendo aplicado no campo do Direito do Consumidor¹⁶, o método do diálogo das fontes vem a significar a utilização, dentre as diversas normas acerca do tema, daquela que melhor vem a atender as necessidades dos sujeitos vulneráveis envolvidos na questão.

Podemos estabelecer, para efeito de argumentação, um paralelo entre os sujeitos vulneráveis das relações de consumo, quais sejam os consumidores, assim definidos no Código de Defesa do Consumidor, com os sujeitos vulneráveis envolvidos na tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. São vulneráveis, assim, no contexto do tema da dissertação, aquelas pessoas carentes de moradia e que necessitam da tutela do Estado, seja através do Poder Executivo ou Poder Judiciário, para verem garantido o seu direito à moradia, constitucionalmente assegurado.

O método do diálogo das fontes permite que se escolha, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a norma que tutela, de forma mais plena, o direito dos vulneráveis. As normas que aparentemente estejam em conflito não serão avaliadas de acordo com os critérios da hierarquia, da especialidade e da anterioridade, que visam decidir qual delas possui validade e eficácia jurídica, mas sim de acordo com os fins que visam atingir, como a preservação da dignidade da pessoa humana; da sua legitimidade, coexistindo simultaneamente no ordenamento jurídico, sem necessidade de revogação¹⁷, privilegiando-se a análise da eficácia social da norma.¹⁸

O método do diálogo das fontes possibilita, então, que no processo de interpretação sejam consideradas normas de hierarquias diversas, um grande avanço para análise dos casos desta dissertação, pois o método da ponderação¹⁹ é uma técnica de interpretação restrita ao plano dos princípios. Pretende-se aplicar esse potencial do método do diálogo das fontes, no campo da tutela do direito à cidade, para articular princípios, diretrizes e regras, autorizando a escolha, após

¹⁶ Para esclarecer a aplicação do método do diálogo das fontes no Direito do Consumidor, ver: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 23 a 52.

¹⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Práticas Sociais Instituintes e sua tradução jurídica e urbanística*. Projeto Integrado de Pesquisa Interinstitucional. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, ano I, v. I, jan./mar. 2000.

¹⁹ Sobre a ponderação de princípios ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

análise simultânea, de qual a norma mais adequada para a solução do caso, independentemente de estarem em planos de competência diversos.

Segundo Cláudia Lima Marques, existem três tipos de diálogo possíveis entre as fontes para superar “conflitos”. São eles: o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

O diálogo sistemático de coerência é aquele que permite que

“na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma lei é a central do sistema e a outra um microsistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade”.²⁰

O diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade possibilita que

“na aplicação coordenada de duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei.”²¹

O diálogo de coordenação e adaptação sistemática, também chamado de “diálogo das influências recíprocas sistemáticas” ocorre

“como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do Novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si; no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 28.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 29.

em uma lei para outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*".²²

Conforme ensina Cláudia Lima Marques, cada tipo de diálogo conta com algumas especificidades. O diálogo de coerência é naturalmente mais amplo, podendo se adequar tanto ao diálogo de complementaridade quanto ao diálogo de coordenação. Isso porque, supondo-se que o ordenamento jurídico deva formar um todo coerente, determinadas regras de caráter geral podem ser utilizadas para esclarecer pontos que a lei especial não explicitou.

Assim, o diálogo de coerência permite que se apliquem simultaneamente duas leis, uma com caráter geral e outra com caráter específico, o que é recorrente na legislação urbanística e ambiental.

O diálogo de complementaridade também admite a adoção de regras gerais em leis especiais. Porém, esse diálogo tem caráter subsidiário, com o fim de complementar a previsão de uma norma. Não se busca, neste diálogo, obter uma coerência entre o sistema jurídico disponível, mas segundo o caso concreto, permite-se a adoção de regra geral que, embora possa contradizer alguma outra norma prevista na lei específica, por ser mais adequada para solucionar o caso, deve ser adotada em caráter subsidiário.

O diálogo de coordenação ou diálogo das influências recíprocas sistemáticas, por sua vez, leva em conta a finalidade que lei visa alcançar. E analisando essa finalidade o diálogo permite que se conclua qual das leis disponíveis no ordenamento deve ser aplicada, afastando a incidência de uma delas no caso específico. Assim, poder-se-á optar pela lei especial ou pela lei geral de acordo com a questão que se apresenta. Esse tipo de diálogo revela-se possibilitador de uma gama maior de hipóteses de aplicação das normas provenientes de diferentes diplomas legais, conforme a sua adequação ao caso.

Assim, vê-se que é possível utilizar uma outra lógica de interpretação na análise da legislação, porque o processo de escolha entre a prevalência de uma ou outra norma por meio dos critérios da anterioridade, hierarquia e especialidade não é necessariamente o único.

O que pretendemos em nosso estudo é adotar um outro corte metodológico no processo de interpretação, que amplie o alcance da tutela do direito à cidade,

²² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*, p. 29.

em consonância com a abordagem interdisciplinar, permitindo assim que se transponha o plano do simples conflito entre normas, redefinindo o sentido da norma através da produção de novos sentidos que autorizem a escolha da norma que estiver melhor e mais adequadamente promovendo a tutela do direito à cidade.

Nesta perspectiva, o equacionamento dos conflitos entre direito à moradia e direito ao meio ambiente, pode se valer dos três tipos de diálogos entre as fontes, segundo a doutrina de Cláudia Lima Marques.

Em nossos estudos, levantamos a hipótese de talvez incluir um novo tipo de diálogo que se denominaria “diálogo de preferência”.

A reflexão sobre esta quarta forma de diálogo surge em virtude dos obstáculos encontrados nos tipos elaborados por Claudia Lima Marques, especialmente no que diz respeito a sua aplicação nos casos de tensão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. Isso porque, os tipos de diálogo da doutrina de Claudia Lima Marques permitem uma interpretação que flexibiliza apenas a regra da especialidade, não abrangendo as regras da hierarquia e da cronologia, no campo da normativa urbanística e ambiental. Senão, vejamos.

O diálogo sistemático de coerência, conforme já exposto, ocorre entre duas leis, sendo uma geral e a outra especial, uma servindo de base à outra. O diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade possibilita que as cláusulas gerais de uma lei complementem situação regulada por outra lei. E, por fim, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática também envolve as influências entre leis gerais e especiais no que se refere à sua finalidade.

Os referidos diálogos permitem que as leis gerais e especiais atuem simultaneamente, sem excluir umas às outras, servindo para clarear o significado e definir o âmbito de incidência de cada uma delas.

No entanto, ainda que as leis gerais e especiais passem a atuar simultaneamente, aplicando-se aquela que for mais benéfica à parte vulnerável da relação, como é o caso dos consumidores e moradores, ainda subsiste um impasse, que é o referente à aplicação de leis de hierarquias diferentes e leis promulgadas em datas diversas.

Levanta-se, assim, a possibilidade de aplicação de um quarto tipo de diálogo, que possa oferecer um caminho no equacionamento de conflitos entre

fontes de diferentes datas, competências e hierarquias. Sugerimos, então, o diálogo de preferência.

De acordo com esse tipo de diálogo haveria uma troca constante, simultânea e dinâmica das fontes normativas. A própria palavra “diálogo” nos remete a pensar na ocorrência de uma troca, de uma simbiose, daí conceber essa “quarta espécie” de diálogo.

Segundo o diálogo de preferência, a norma aplicada seria aquela que atendesse ao critério da adequação, representado pela sua identificação com o caso concreto, e também ao critério da capacidade de solucionar a demanda. Dessa forma, não se criaria um padrão ou um senso comum teórico acerca de qual regra deva ser aplicada em determinado caso. O diálogo possibilitaria abrir o leque de opções no momento da aplicação das leis.

Seria o caso de dar preferência à aplicação de determinada normativa, independentemente do fato de ser federal, estadual ou municipal; tratar de áreas urbanas ou não; ser geral ou específica. Apenas o que deveria ser analisado é a sua preferência de aplicação no caso concreto porque mais adequada para solução da demanda.

Assim, o critério fundamental para aplicação do diálogo de preferência é a constatação que esgotadas todas as possibilidades para aplicação dos demais tipos e ainda não equacionado o caso segundo a tutela do direito à cidade, avaliem-se quais são as leis vigentes que incidiriam sobre o fato, sejam elas federais, estaduais ou municipais. Na seqüência será preciso, de acordo com as características específicas do caso concreto, verificar qual dessas normas vai atender aos interesses dos vulneráveis envolvidos na questão e optar pela sua aplicação. Trata-se de dar preferência à norma que estiver atingindo seus fins com razoabilidade. De acordo com a tese defendida nesta dissertação, por exemplo, defenderíamos a aplicação da norma que privilegiasse a tutela do direito à cidade, promovendo simultaneamente o direito à moradia digna dos cidadãos e a preservação ambiental.

Dessa forma, não se pretende especificar aqui o artigo e a lei que devam prevalecer no equacionamento dos conflitos entre o direito à moradia digna e o direito ao meio ambiente nas áreas urbanas, pois isso pode ser distinto de acordo com o caso apresentado. Porém, pode-se afirmar que a escolha recairá sobre a norma que privilegiar a visão equitativa dos interesses envolvidos, em via de

regra, mantendo a população no local em que já está consolidada sua moradia e promovendo medidas de regularização fundiária necessárias para a preservação do meio ambiente em que a moradia está inserida. Nesse sentido, temos como exemplo as finalidades previstas nas imposições normativas da Medida Provisória n. 2220/2001²³, que no seu artigo 5º, III, não impõe a remoção dos moradores em caso de ocupação em áreas de preservação ambiental, apenas facultando ao Poder Público assegurar o exercício do direito à moradia de quem as ocupa em outro local.²⁴

Esse posicionamento privilegia o conceito de direito à cidade, composto por um feixe de direitos, dentre os quais o direito à moradia e ao meio ambiente, os quais devem convergir para a realização da dignidade da pessoa humana, que se manifesta no proporcionar uma vida de qualidade.

E a aparente preferência ao direito à moradia popular ocorre porque, ao contextualizar os direitos que compõem o feixe de direitos do conceito de direito à cidade, constata-se que no conceito de direito à moradia com dignidade está implícita a preservação do meio ambiente.

Com base, então, no método do diálogo das fontes, faz-se necessário retomar os conceitos trazidos nesta dissertação sobre os direitos à moradia, ao meio ambiente e à cidade, bem como resgatar a importância da aplicação dos princípios no equacionamento da tensão que se estabelece entre o direito à moradia e ao meio ambiente.

Além disso, é importante destacar como essa construção teórica acerca do diálogo das fontes é relevante para a interpretação dos acórdãos estudados²⁵, tanto quanto se mostrou adequada na aplicação à normativa pertinente, consoante demonstrado em análise anterior.

Destacamos, nesse sentido, o caso mencionado no início deste capítulo, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, qual seja, Apelação Cível n.171.834-5/8-00, da Comarca de São Sebastião²⁶.

²³ Comentários gerais sobre a MP 2220/2001, ver Capítulo 4.

²⁴ Medida Provisória 2220/2001 – Art. 5º, III – “É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: (...) III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais (...)”.

²⁵ Ver Capítulo 5.

²⁶ Ver Capítulo 5, item 5.4.2.4.

Neste acórdão, o Tribunal, acompanhando o posicionamento do Ministério Público, autor da demanda, considerou inconstitucional e ilegal a lei municipal de São Sebastião n. 1273/98, pois ela impunha restrições aquém das previstas no Código Florestal para a ocupação nas margens de cursos d'água.

Ficou claro, nesse caso, que o TJSP considerou que a lei municipal não pode alterar as exigências do Código Florestal. E dentre outras justificativas, o Tribunal afirmou que o legislador municipal não pode restringir as previsões contidas em lei federal “sob pena de violentar a hierarquia de normas existentes no sistema jurídico brasileiro”.

Dessa forma, o Tribunal aplicou a regra da hierarquia na solução da demanda. No entanto, se aplicássemos o método do diálogo das fontes para solucionar o mesmo caso apresentado em juízo, a decisão seria outra.

Isso porque, conforme o método do diálogo das fontes, que tem como fim a eficácia social da norma, não se deve utilizar a regra da hierarquia para equacionar conflitos entre leis. Para alcançar a eficácia social da norma é preciso, então, analisar a sua finalidade, incidência e legitimidade.

Assim, se a finalidade da lei municipal for tutelar o direito à moradia da população de baixa renda ao impor restrições menores que a do Código Florestal, podemos concluir pela sua legalidade e constitucionalidade.

Afinal, o método do diálogo das fontes determina que, dentre várias leis que regulam a mesma situação, prevaleça aquela que melhor atenda as necessidades dos sujeitos vulneráveis envolvidos no caso concreto com que se depara. Trata-se, aqui, portanto, de dar preferência à lei municipal de São Sebastião porque ela tem por fim atender às demandas sociais daquele município em específico, incidindo em benefício da população de baixa renda que ali habita. Adequando-se, então, à situação que se pretende tutelar, a lei municipal será aplicada em detrimento da lei federal.

Outra hipótese de aplicação do método do diálogo das fontes na jurisprudência pode ser encontrada no caso da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação n. 2002.001.05493, Comarca de Rio das Ostras, julgamento em 26.04.2002.²⁷

²⁷ Comentários completos sobre a decisão, ver Capítulo 5, item 5.3.2.4.

Trata-se de um pedido de indenização efetuado por um morador de Rio das Ostras, que teve sua casa demolida pela Prefeitura sob a alegação da construção estar localizada em área de preservação ambiental, nos termos da Lei 4771/65, o Código Florestal.

O TJRJ negou o direito à indenização do morador, considerando legal o ato da Administração Pública, pois consoante o exercício regular de seu poder de polícia. Além disso, o Tribunal alegou que a irregularidade da obra não deve gerar direito à indenização, ainda que existam outras construções irregulares no mesmo local.

Nesse caso o Tribunal não aplicou as regras da hierarquia, cronologia ou especialidade. Porém, ao restringir-se à análise estritamente positivista da norma contida no Código Florestal, na Lei 9605/98 e no Código de Obras do Município de Rio das Ostras, o Tribunal deixou de considerar a aplicação de importantes textos normativos ao caso, os quais poderiam dar-lhe um outro caminho para decidir.

Se aplicássemos ao caso o método do diálogo das fontes, primeiramente consideraríamos a realização da eficácia social da norma. Isso implica na abordagem mais ampla do problema contido na demanda, levando-nos a buscar outras leis aplicáveis ao caso. Vejamos.

Quando a decisão do TJRJ foi prolatada já estava vigente no ordenamento jurídico brasileiro a Medida Provisória 2.220/2001, que conforme exposto anteriormente, instituiu a concessão especial de uso para fins de moradia.

Segundo norma contida na medida provisória, “aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel, urbano ou rural”.

Assim, seria o caso de analisar se o apelante da demanda interposta junto ao TJRJ se encaixava nessas condições. Se a resposta for positiva, tendo em vista o fato da demolição da casa já ter ocorrido, há que se aplicar o artigo 5º da Medida Provisória, que assegura o exercício do direito em outro local se a Administração Pública considerar mais adequado promover a remoção do morador.

Nesse caso, sem dúvida, remanesce direito à indenização para que o apelante possa exercer o seu direito à moradia em outro local.

Além da Medida Provisória 2.220/2001, o Tribunal poderia ter se baseado no princípio da razoabilidade para prolatar sua decisão, considerando que se existem outras construções irregulares no mesmo local e que perduram até o momento, a omissão da Administração no tratamento do caso, bem como o seu desrespeito ao princípio da isonomia, culmina no seu dever de indenizar. Isso porque não é razoável que o Poder Público aja de formas diversas com pessoas que se encontram nas mesmas condições.

Dessa forma, a aplicação do diálogo das fontes nesta decisão revela-se plenamente possível quando admitimos a ampliação do olhar dado ao caso, trazendo aos autos outras leis ou princípios que prevalecessem no equacionamento da questão.

Ocorre que, conforme já fora afirmado na análise jurisprudencial²⁸, os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro não incorporaram o conceito de direito à cidade, tendo até mesmo deixado de mencionar essa nova espécie de direito coletivo, parecendo não tê-lo reconhecido.

Assim, os Tribunais citados ainda encontram-se vinculados às regras da hierarquia, cronologia e especialidade na solução das demandas que envolvem diversas leis sobre o direito à moradia e meio ambiente, sem considerar o método do diálogo das fontes.

Portanto há uma tendência majoritária e conservadora dos julgados, que não privilegiam o direito à moradia, baseando-se na concepção de que o direito de propriedade ainda é um direito absoluto e que o direito ao meio ambiente é merecedor de maior tutela.

Essa visão dicotômica entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente vem, assim, a confirmar a reflexão feita anteriormente sobre o não reconhecimento do direito à cidade pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Porém, deve-se admitir que tanto os conceitos de direito à moradia digna quanto de meio ambiente ecologicamente equilibrado são amplos o bastante para

²⁸ Ver Capítulo 5.

abarcarem em seu conteúdo, respectivamente, o respeito ao meio ambiente natural e a tutela do meio ambiente construído.

Isso quer dizer que não se pode vislumbrar moradia digna onde não existem condições de salubridade e preservação ambiental, bem como não existe tutela ambiental efetiva sem que se compreenda o meio ambiente como um bem único, cuja proteção abrange o meio ambiente natural, construído e cultural, inserindo-se nesse cenário a vida humana, e portanto, a moradia.

Não há como falar da cidade sem falar da moradia, ela é parte essencial da paisagem urbana. A estruturação espacial da cidade resulta essencialmente da concreção do direito à moradia, pois o homem mora num lugar, e esse local é a sua casa, protegida constitucionalmente por meio da sua inviolabilidade²⁹. Todos os demais serviços e direitos são levados até este local porque o homem mora ali, por exemplo, o transporte, o saneamento, o trabalho, a iluminação pública, a segurança pública. Portanto, a relevância do direito à moradia para o equilíbrio e a realização do direito à cidade.

Assim, passa a ser clara e coerente a concepção do direito à cidade como a realização da tutela simultânea do direito à moradia e do direito ao meio ambiente, entre outros bens que compõem o feixe de direitos, definição de direito à cidade adotada nesta dissertação.

Por isso, cada lei, independentemente de ser federal, estadual ou municipal; cada tratado internacional; cada documento reconhecido como instrumento de tutela dos direitos fundamentais e que contenha diretrizes acerca do direito à moradia e do direito ao meio ambiente, aqui estudados, remete à tutela de todos eles.

Nesse sentido, é possível afirmar que, por exemplo, a Carta Mundial do Direito à Cidade, destina-se à proteção conjunta do direito à cidade, do direito à moradia e do direito ao meio ambiente.

E a própria possibilidade e adequação da aplicação do método do diálogo das fontes justifica a afirmação de que os direitos mencionados são coexistentes e complementares. Isso porque demonstra que independentemente da norma aplicada ao caso concreto, ela será capaz de privilegiar a materialização de todos eles por meio da tutela do direito à cidade.

²⁹ Vide art. 5º, XI, Constituição Federal de 1988.

A mesma constatação pode ser feita no que tange à aplicação dos princípios de interpretação, que assim como as normas narrativas³⁰, podem ser a fonte utilizada no método do diálogo.

Podemos citar aqui, nessa linha de argumentação, a escolha pela incidência do princípio da sustentabilidade das cidades³¹ e da função social da propriedade pública e privada³², pois realizam, simultaneamente, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente na perspectiva do direito à cidade.

Dessa forma, buscou-se oferecer, neste trabalho, uma nova leitura da tensão entre meio ambiente e moradia nas cidades, privilegiando todos os sujeitos e direitos que envolvem a questão, demonstrando que é possível promover a tutela do direito à cidade sem que se esteja necessariamente atrelado à escolha de um direito em detrimento do outro.

Através do método do diálogo das fontes privilegia-se o “espaço dos possíveis”³³ no campo do Direito Urbanístico para qualificar como cabível a escolha, dentre o vasto aparato legislativo disponível, da norma que mais perfeitamente atender aos interesses sociais em jogo na demanda social apresentada. Dessa forma, cria-se mais uma via para a materialização da eficácia social da norma.

³⁰ JAYME, Erick. *Entrevista com o Professor Erick Jayme*, p. 33 a 37. “(...) Normas narrativas neste sentido são normas que trazem valores (*Wertträgernormen*), as quais ajudam no desenvolvimento do Direito (*Fortentwicklung des Rechts*) com orientações e ajudas. (...) normas que não obrigam, apenas “iluminam”. Finalmente conclui a ponte entre a Narração e o pós-moderno. Isto tem dois significados. Narração significa, em primeiro lugar, na arte, que o objeto de arte, também as edificações, irá descrever seu sentido, sua função. De outro, narração significa também legitimação. Valores só serão usados, quando são descritos e narrados. (...)”.

³¹ Ver Capítulo 3, item 3.4.7.

³² Ver Capítulo 3, item 3.4.2.

³³ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, 2005.