

OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

ILLEGAL OCCUPATION OF PERMANENT PRESERVATION AREAS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

Eduardo Tonin Citolin¹

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo tecer considerações a respeito de decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou pedido formulado pelo Poder Público Municipal, que pleiteava a demolição de residência construída ilegalmente em área de preservação permanente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia; ocupação irregular; área de preservação permanente.

ABSTRACT: *This paper aims to make considerations about judgment given by the Court of São Paulo, which denied the request made by the municipal government, regarding the demolition of illegally built house in an area of permanent preservation.*

KEYWORDS: *Right to housing; illegal occupation; area of permanent preservation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Exposição do julgado e a solução apresentada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo; 2 A necessária ponderação no conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; 3 Outros julgados que enfrentaram o tema; 4 A solução apresentada pelo novo Código Florestal quanto a algumas hipóteses de ocupação de áreas de preservação permanente; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Exposure of judicial decision and the solution given by the Court of São Paulo; 2 The required balance in the conflict between the right to housing and the right to an ecologically balanced environment; 3 Others judged that have faced the issue; 4 The solution presented by the new Forest Code related to some hypotheses of occupancy of permanent preservation areas; Conclusion; References.*

¹ Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Advogado (Área do Direito: Direito Constitucional e Ambiental).

INTRODUÇÃO

Se há algum tempo era incomum o ajuizamento de ação judicial com o propósito de discutir questões ambientais e, mais incomum ainda, se deparar com decisões que realmente obtivessem êxito na tarefa de resolver demandas de tamanha complexidade, hoje essa realidade é bastante diferente. O cidadão, individualmente ou organizado em movimentos sociais, recorre cada vez mais à tutela jurisdicional neste tema, seja agindo diretamente no patrocínio de demandas, através da ação popular, seja se fazendo representar pelo Ministério Público ou pelas organizações não governamentais em ações civis públicas.

Ainda que seja evidente a presença de efeitos colaterais nesta nova postura social, como a judicialização de conflitos que poderiam ser resolvidos pelos instrumentos administrativos de controle, essa grande pressão provocada pela sociedade exigiu que o Judiciário começasse a se posicionar em uma série de questões bastante controvertidas e que precisam, aos poucos, serem pacificadas. Este movimento é tão forte e tão urgente que muitos direitos já estão sofrendo uma releitura a partir deste novo prisma, ou, melhor, deste novo paradigma: o *paradigma ambiental*². Já se percebe que os operadores do Direito em geral, na tentativa de dar sua parcela de contribuição à preservação dos recursos naturais, vêm revendo institutos jurídicos tidos como consagrados: o ônus da prova passou a ser dinâmico³; o direito adquirido, não raras vezes, já é afastado; o direito de propriedade adquiriu novas funções⁴; etc.

Apesar da grande variedade de conflitos ambientais submetidos ao crivo do Poder Judiciário, um assunto específico vem sistematicamente ganhando destaque, especialmente pela quantidade de casos que estão sendo submetidos às cortes judiciais de todo o País: a discussão envolvendo a ocupação de áreas de preservação permanente para fins de moradia.

Este problema, especialmente constatado nas periferias dos grandes centros urbanos, já foi diversas vezes apreciado pelos Tribunais brasileiros, mas ainda parece estar distante de estar pacificado. E é justamente por inexistir

² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 340.

³ CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus da prova nas lides ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, p. 229/247, jan./mar. 2013.

⁴ DEBONI, Giuliano. *Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental - Sistema jurídico italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

uma posição majoritária sobre este assunto que este trabalho buscou identificar e comentar uma dessas decisões, apresentando seus argumentos e cotejando-os com argumentos identificados em outros julgados e textos doutrinários, que também enfrentaram esse conflito entre direitos fundamentais: direito à moradia e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

1 EXPOSIÇÃO DO JULGADO E A SOLUÇÃO APRESENTADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

DIREITO URBANÍSTICO - REGULARIZAÇÃO DE EDIFICAÇÃO - 1. Não é razoável indeferir pedido de regularização de edificações erigidas em área de preservação ambiental quando a ocupação é antiga, pública, generalizada e tolerada pela Administração. 2. Ação demolitória julgada procedente. Apelação provida para julgá-la improcedente.⁵

A ementa transcrita *supra* bem demonstra a linha decisória seguida pelo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que será exposto e comentado ao longo deste trabalho.

O processo julgado a partir desta decisão trata-se, em sua origem, de uma ação demolitória promovida pela Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto (SP), em meados de 2005, em face de dois cidadãos que fixaram residência no interior de uma área de preservação permanente existente naquele município. Com o objetivo de removê-los do local e permitir a regeneração das funções ecológicas da área, a prefeitura promoveu uma demanda visando à obtenção de ordem judicial de demolição da edificação lá existente, construída muitos anos antes do ajuizamento da ação.

Em primeiro grau, a sentença considerou o pedido formulado na petição inicial integralmente procedente, impondo aos réus a obrigação de efetuarem a demolição das edificações erigidas na área *non edificandi* no prazo máximo de três meses, fixando uma multa diária no valor de R\$ 500,00, em caso de descumprimento⁶.

⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 994.09.357182-3, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Coimbra Schmidt, Julgado em 1º agosto de 2010.

⁶ Vide informação constante no andamento de primeiro grau do processo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?localPesquisa.cdLocal=506&processo.codigo=E2Z201GIQ0000&processo.foro=506>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

Desta condenação apelaram os réus ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), onde conseguiram o provimento do seu recurso. A decisão proferida, apesar de ser bastante sucinta, acolheu os termos do apelo, reformando a ordem que determinou a demolição da residência, por entender que, apesar de “objetivamente o Município estar coberto de razão”, o Estado deveria tolerar aquela ocupação específica, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Mas antes de seguir na análise dos fundamentos utilizados pela Corte paulista, parece importante resgatar, ainda que de forma superficial, quais são os termos da proteção jurídica oferecida pela legislação brasileira às áreas de preservação permanente, bem como suas verdadeiras funções ambientais.

Apesar da inegável importância do Código Florestal de 1934, que pode ser considerada a primeira grande legislação ambiental brasileira, por ter oferecido os primeiros instrumentos jurídicos de proteção das florestas e demais biomas nacionais (cerrado, bioma pampa, floresta amazônica, mata atlântica, etc.), bem como ter sido o primeiro diploma a apresentar o conceito de área de preservação permanente (APP), garantindo-lhe expressa proteção jurídica, foi o Código Florestal de 1965 quem efetivamente deu notoriedade as Áreas de Preservação Permanente – APPs.

Foi a partir dele que, em meados da década de 60, surgiu a clássica bipartição destas áreas de preservação, que passaram a ser aquelas expressamente previstas no seu art. 2º (margens de cursos d’água, nascentes, topos de morros, etc.)⁷, bem como outras que, por terem função ambiental relevante, viessem a ser declaradas especificamente protegidas por ato do Poder Público, conforme previsão contida no art. 3º⁸.

⁷ “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 outro qualquer curso d’água, em faixa marginal [...]; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, mesmo nos chamados ‘olhos d’água’, seja qual for a sua situação topográfica; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos taboleiros ou chapadas; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres; i) nas áreas metropolitanas definidas em lei. 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.”

⁸ “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

Veja-se que os referidos dispositivos, transcritos na íntegra nas notas de rodapé *retro*, dão, pelo menos em tese, proteção integral e irrestrita às áreas de preservação permanente, que deveriam permanecer incólumes a partir da promulgação do referido Código Florestal. As únicas hipóteses de intervenção eram, e ainda são, bastante restritas, pois ou teriam que ser enquadradas como de baixo impacto ambiental⁹ ou dependeriam da existência, no caso concreto, de utilidade pública ou interesse social, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio.

A atual redação do Código Florestal, promulgado pela Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, de maneira geral ainda dá o mesmo tratamento a estas áreas, trazendo basicamente os mesmos casos e o mesmo conceito jurídico a estes espaços, conforme se visualiza a partir da leitura dos arts. 4º e seguintes da referida legislação.

Isso, conseqüentemente, bem demonstra que, fora algumas poucas exceções, essas áreas deveriam ser mantidas sem qualquer tipo de supressão vegetal ou, até mesmo, sem qualquer outra forma de intervenção humana, garantindo-se fossem mantidas todas as condições naturais necessárias para que estes ambientes continuassem prestando os serviços ambientais que lhe são típicos, tais como: atenuar a erosão das terras; fixar as dunas; criar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; auxiliar na defesa do território nacional; proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; assegurar condições de bem-estar público; etc.

Além desta proteção jurídica de natureza civil e administrativa, a intervenção antrópica não autorizada nestas áreas é tão combatida pelo ordenamento jurídico brasileiro que constitui ilícito penal desde a promulgação do

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.”

⁹ Para maiores esclarecimentos sobre qual é o verdadeiro significado da expressão “baixo impacto ambiental”, bem como para maiores informações sobre as formas de intervenção em áreas de preservação, consultar a Resolução nº 369, de 28 de março de 2006, do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama).

Código Florestal de 1965, conforme previa o art. 26 da referida lei¹⁰. Atualmente, apesar de não possuir um artigo correspondente no Código Florestal vigente, a mesma tipificação consta expressamente prevista no art. 38 da Lei de Crimes Ambientais, nº 9.605, de 12 de fevereiro de 2008:

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Ou seja, ainda que possa ser considerado um exagero classificar os dispositivos legais que tutelam as áreas de preservação permanente como regras de direitos fundamentais, como propõe alguns autores¹¹, o relato *supra* bem demonstra a extensão da proteção jurídica dispensada a estas áreas, afinal, possuem proteção legalmente prevista nas três esferas do direito: cível, administrativa e penal.

Do outro lado deste conflito está o direito fundamental à moradia, que, como não poderia deixar de ser, possui amplo reconhecimento tanto em nível de direito internacional quanto para os direitos nacional e estrangeiro. Internacionalmente, está previsto em diversas declarações e convenções, tais como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos (1976), etc.

Em nível de Direito estrangeiro, há notícias de que ainda na década de 90 o direito à moradia já estava expressamente previsto como direito fundamental

¹⁰ “Art. 26. Constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano e prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário-mínimo mensal, do lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente: a) destruir ou danificar a floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação ou utilizá-la com infringência das normas estabelecidas ou previstas nesta Lei; b) cortar árvores em florestas de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente; c) penetrar em floresta de preservação permanente conduzindo armas, substâncias ou instrumentos próprios para caça proibida ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem estar munido de licença da autoridade competente; [...]”

¹¹ Vide SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: ocupação de áreas protegidas: conflito entre direitos fundamentais? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, p. 111, ou./dez. 2010.

em muito mais de cinquenta Constituições¹². No Direito brasileiro, sua previsão constitucional somente acontece com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, mas nem por isso se deixava de reconhecer sua existência, ainda que indiretamente, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana¹³.

Isso porque, como afirma Sarlet, o reconhecimento do direito à moradia como um direito fundamental social parece surgir muito mais das peculiaridades intrínsecas que o configuram como um *direito de subsistência*, corolário do próprio direito à vida, do que sua formal inclusão no rol do art. 6º da Constituição Federal brasileira:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Não é por outra razão que o direito à moradia tem sido, também entre nós – e de modo incensurável – incluído no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida.¹⁴

Feitas essas considerações sobre o direito à moradia e as áreas de preservação permanente, retoma-se o conteúdo do julgado ora comentado.

Conforme se pôde concluir a partir da transcrição da ementa feita *supra*, bem como das passagens a seguir colacionadas, ao decidir um conflito entre esses dois direitos fundamentais em um caso concreto, o Tribunal de Justiça de

¹² Leckie apud SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

¹³ Sarlet, O direito fundamental à moradia..., p. 12.

¹⁴ Sarlet, O direito fundamental à moradia..., p. 15. Ao tratar do direito à moradia como expressão mínima do direito à vida, o autor traz a obra de Sérgio Sérulo da Cunha (Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, 127:49, 1995), bem como a obra de Rui Geraldo Camargo Viana (O direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, p. 9, abr./jun. 2000).

São Paulo concluiu que naquela situação deveria prevalecer o direito à moradia. Isso porque as peculiaridades do caso retratavam que, em que pese o Município tivesse em seu favor um direito aparente, aquela ocupação, por não ser única, ser antiga, pública e há muito consolidada, deveria agora continuar sendo tolerada pelo Poder Público.

Assim decidiu o TJSP naquela oportunidade:

Objetivamente está o Município coberto de razões. Acontece que a ocupação da área de preservação permanente, além de não ser única (*v.g.*, f. 16 e 155), é antiga, pública e tolerada pelo apelado (f. 224/5 e 234). [...]

Deve-se prestigiar, em conseqüência, o princípio da segurança jurídica, subjacente à situação pública há muito consolidada, de modo que o motivo invocado pelo Município para indeferir o pedido de regularização (f. 19) não se sustenta. Especialmente quando aplica legislação posterior ao fato (f. 18, 28 e ss.).

Indubitavelmente é o meio ambiente bem jurídico de suma relevância. Sua preservação, entretanto, há de observar os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica. Não é o que se vê em citado ato administrativo.

Sem ignorar que o meio ambiente trata-se de um bem jurídico de suma importância, a decisão valeu-se do princípio da razoabilidade e da segurança jurídica para resolver o conflito aparente entre o direito à moradia e a preservação ambiental.

Ainda que não existam grandes detalhes acerca do efetivo entendimento dos julgadores que proferiram essa decisão, muito menos exista no acórdão qualquer ponderação expressa entre os dois direitos envolvidos na discussão, não resta dúvida que uma ponderação entre direitos fundamentais foi realizada pela Corte, tendo o Tribunal optado pela precedência do direito à moradia naquela situação específica.

Certa ou errada, a decisão proferida é pelo menos coerente e segue uma linha decisória bastante contundente, valendo-se, implicitamente, da técnica conhecida como *lei da ponderação*, que ora se passa a comentar.

2 A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO NO CONFLITO ENTRE O DIREITO À MORADIA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Como referido anteriormente, tanto o direito à moradia quando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são assegurados constitucionalmente e estão presentes no seletorol de direitos fundamentais. O primeiro vem previsto no art. 225 da Constituição Federal, bem como possui amplo arcabouço infraconstitucional, que se divide em leis federais, estaduais, municipais, passando por resoluções e instruções normativas promulgadas por meio de delegação de competência.

O segundo, apesar de pouco regulamentado no plano infraconstitucional, de maneira alguma pode ser considerado menos importante. Possuindo previsão constitucional expressa desde a promulgação da Emenda a Constituição nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que o incluiu no rol dos direitos sociais, mas já reconhecido como direito fundamental em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵, o direito à moradia é, sem sombra de dúvidas, um dos mais fundamentais para se garantir a subsistência digna do ser humano.

Isso bem evidencia que, quando o Judiciário precisa decidir uma questão que envolva um conflito entre esses dois direitos fundamentais, a decisão vai precisar levar em conta, necessariamente, as peculiaridades do caso concreto, a fim de que se reduza ou elimine o risco de um desfecho injusto.

Para tanto, o método mais adequado de solver esse impasse parece ser a utilização do *princípio da proporcionalidade*. Apesar de não estar expressamente referido no ordenamento constitucional, este princípio “é hoje o axioma do direito constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito”¹⁶, sendo muito utilizado na solução de conflitos de normas de direitos fundamentais, principalmente após a publicação da clássica obra de Alexy, que trouxe a *lei de colisão* ou *lei da ponderação*¹⁷.

A aplicação prática dessa lei, como o próprio nome sugere, baseia-se, quase que fundamentalmente, na aplicação do princípio da proporcionalidade, que deve ser compreendido a partir de três elementos: *conveniência* e *necessidade*,

¹⁵ Sarlet, O direito fundamental à moradia..., p. 15.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. Temas de Direito Constitucional no Brasil. *Interesse Público*, n. 33, p. 45, set./out. 2005.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94 e ss.

que nada mais representam do que a otimização relativa ao que é efetivamente possível, bem como *proporcionalidade em sentido limitado*, que é a otimização relativa às possibilidades legais frente a outros princípios concorrente¹⁸.

Além de submeter ao crivo dos elementos do princípio da proporcionalidade, a lei da colisão exige sejam superadas as seguintes etapas: estabelecimento de um grau de não satisfação de um determinado princípio, estabelecimento do princípio concorrente e estabelecimento da importância de satisfazer um princípio em detrimento do anterior.

Sem sombra de dúvidas, o ponto mais difícil neste processo – e por isso o mais contestado na teoria de Alexy – é justamente tentar estabelecer a importância de satisfazer um princípio em detrimento de outro. Para tentar contornar esse problema, Alexy continua sua fórmula sugerindo que o grau de intensidade de interferência deve ser dividido em leve, moderado e sério, sendo que este grau de interferência seria avaliado a partir das condições específicas do caso concreto discutido (*precedência condicionada*).

A título exemplificativo, o melhor exemplo prático de aplicação da lei de colisão é aquele utilizado pelo próprio Alexy, acerca do famoso julgamento envolvendo produtores de tabaco. Neste julgamento, a Corte Constitucional alemã decidiu que, como os riscos à saúde no ato de fumar são grandes, haveria motivos para uma interferência na venda de tabacos. No entanto, determinou que, ao invés da venda ser proibida, o que resultaria em uma intervenção *séria*, seriam colocadas advertências nos rótulos dos produtos, optando por uma intervenção *leve* no exercício profissional.

Em que pese o inegável brilhantismo do autor e de sua teoria, ela possui uma série de objeções, das quais duas das mais importantes são as levantadas por Habermas: a ponderação é *irracional* e possui uma *subjetividade ilimitada*; ela até é capaz de produzir julgamentos, mas *não é capaz de justificar os resultados*¹⁹.

No entanto, apesar das pertinentes críticas dirigidas a esta teoria, ainda assim não parece haver método melhor para resolver conflitos envolvendo ocupação de áreas de preservação permanente por moradias. Somente fazendo a ponderação entre os dois princípios envolvidos, avaliando detalhadamente as peculiaridades do caso concreto, é que se conseguirá dar a solução mais adequada à lide. Tentar estabelecer uma precedência incondicionada, seja a favor do direito à moradia, seja a favor da integridade das áreas de preservação

¹⁸ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 85.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Polity Press, 1996. p. 45.

permanente, resultaria em um equívoco fatal ao sistema, ainda mais quando se leva em conta que nem mesmo a dignidade da pessoa humana, que se encontra no centro axiológico da Constituição Federal, possui precedência em abstrato²⁰.

3 OUTROS JULGADOS QUE ENFRENTARAM O TEMA

Além do julgamento relatado supra, existe uma série de outros julgados proferidos por um número bastante variado de Cortes brasileiras que abordaram esse mesmo conflito entre preservação ambiental e direito à moradia. É tão notório que cada caso deve ser julgado a partir de suas próprias peculiaridades, que, mesmo quando se analisam decisões com resultados diametralmente opostos umas das outras, as decisões não podem ser tidas necessariamente como conflitantes ou contraditórias.

Exemplo claro disso pode ser observado a partir da comparação entre a decisão da Corte paulista antes referida, com a decisão cuja ementa segue colacionada a seguir, proferida pelo mesmo Tribunal de Justiça:

ACÇÃO AMBIENTAL - ILHA BELA - MARGEM DE CURSO D'ÁGUA - CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - DANO AMBIENTAL - DEMOLIÇÃO - RECUPERAÇÃO - 1. Cerceamento de defesa. Audiência. Perícia. Ao juiz compete indeferir as provas inúteis, protelatórias e desnecessárias a teor do art. 130 do CPC. A audiência era desnecessária, uma vez o autor não ter demonstrado interesse na conciliação e tratar-se de questão não provada apenas por testemunha. A menção genérica à perícia de objeto não declarado se perde, por sua vez, em uma apelação voltada à prova testemunhal. Não houve cerceamento de defesa. Preliminar afastada. 2. Construção. Área de preservação permanente. A área de preservação deve ser conservada, não ocupada. Inviabilidade de manutenção de construção na faixa protegida ao longo de curso d'água. Intervenção que exige prévia autorização dos órgãos competentes a teor do art. 4º da LF 4.771/1965. Na falta de apresentação das autorizações, as construções irregularmente

²⁰ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 97.

erigidas devem ser desfeitas e a área deve ser recuperada. Procedência. Recurso da ré desprovido, com observação.²¹

Conforme se percebe pela leitura da ementa *supra* e pode ser detalhadamente observada a partir de uma análise da íntegra da decisão, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública com o objetivo de impedir que a ré realizasse qualquer atividade degradadora do meio ambiente. Para isso, requereu a paralisação integral e imediata de toda a atividade de desmatamento e impermeabilização do solo da área ocupada pela residência da ré, bem como fosse providenciada, ao final da ação, a restauração integral das condições primitivas da vegetação, do solo e do corpo d'água, implantando um projeto de recuperação de áreas degradada e demolindo-se a edificação ali existente.

Em que pese a ré ter alegado que sua casa estava naquele local desde a década de 80, e estar inserida em um loteamento urbano regularmente aprovado pelo Poder Público local, sujeito ao pagamento de imposto territorial urbano, a Corte paulista, ao contrário do que havia decidido no precedente relatado no tópico *supra*, decidiu que a ocupação de área de preservação, naquele caso, não poderia ser admitida.

Uma aparente contradição, não fossem as peculiaridades que cada um dos casos carrega consigo. Enquanto no primeiro julgado o imóvel servia como única residência, há evidências que neste outro caso a residência, por apresentar fortes indícios de abandono, conforme vistorias feitas durante a instrução do feito, ou não era de fato mais utilizada como moradia ou funcionava como segunda residência²².

Caso ainda mais contundente é o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Em meados de 2006, a Corte determinou a remoção de um número elevado de famílias carentes de um loteamento clandestino implantado em área de preservação permanente próxima a um importante reservatório de abastecimento de água da cidade de São Paulo.

Neste caso, além da supressão não licenciada de vegetação de mata atlântica em área de preservação permanente – o que, por si só, tecnicamente, já configuraria um ilícito tanto civil quanto penal –, a implantação do loteamento

²¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0000177-87.2009.8.26.0247, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Relator Torres de Carvalho, Julgado em 1º dezembro de 2011.

²² Entende-se como segunda residência todo imóvel utilizado para atividades de lazer, tais como as casas de campo, casas de praia, etc.

irregular e o impacto ambiental diário por ele provocado estavam tornando iminente o assoreamento do reservatório, o que, conseqüentemente, poderia acabar comprometendo o abastecimento de parte da cidade de São Paulo.

Conforme se evidencia na ementa da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o dano ambiental provocado pela implantação do loteamento clandestino, somado ao risco de comprometimento do abastecimento de parte dos moradores do centro urbano próximo, exigiam que, naquele caso específico, o resultado do conflito entre o direito ambiental e o direito à moradia, prevalecesse o primeiro em detrimento do segundo:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - MATA ATLÂNTICA - RESERVATÓRIO *BILLINGS* - LOTEAMENTO CLANDESTINO - ASSOREAMENTO DA REPRESA - REPARAÇÃO AMBIENTAL

1. A destruição ambiental verificada nos limites do Reservatório *Billings* - que serve de água grande parte da cidade de São Paulo -, provocando assoreamentos, somados à destruição da Mata Atlântica, impõe a condenação dos responsáveis, ainda que, para tanto, haja necessidade de se remover famílias instaladas no local de forma clandestina, em decorrência de loteamento irregular implementado na região.
2. Não se trata tão-somente de restauração de matas em prejuízo de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos idealizadores de loteamentos irregulares na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as residentes na área de preservação. No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele em detrimento deste quando impossível a conciliação de ambos.
3. Não fere as disposições do art. 515 do Código de Processo Civil acórdão que, reformando a sentença, julga procedente a ação nos exatos termos do pedido formulado na peça vestibular, desprezando pedido alternativo constante das razões da apelação.

4. Recursos especiais de Alberto Srur e do Município de São Bernardo do Campo parcialmente conhecidos e, nessa parte, improvidos.²³

De fato, é impossível estabelecer abstratamente qual direito deve prevalecer sobre o outro. Os julgados aqui trazidos bem evidenciam que cada caso possui suas peculiaridades, sendo que deve ser a partir de uma análise detalhada de cada uma dessas peculiaridades que o julgador deve decidir o conflito no caso concreto.

4 A SOLUÇÃO APRESENTADA PELO NOVO CÓDIGO FLORESTAL QUANTO A ALGUMAS HIPÓTESES DE OCUPAÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Importante destacar, ainda, que o Código Florestal, promulgado em 28 de maio de 2012, estabeleceu uma regra própria e bastante peculiar para aquelas ocupações residenciais irregulares em áreas de preservação permanente localizadas em áreas rurais, que sejam enquadradas como consolidadas, bem como quanto às regularizações fundiárias em zona urbana, nas quais exista interesse social.

Conforme se percebe da leitura do art. 61-A do referido Código, o legislador infraconstitucional preestabeleceu, pelo menos para aquelas ocupações irregulares de áreas de preservação na zona rural que sejam associadas, de alguma forma, a atividades agrossilvipastoris, a prevalência do direito à moradia em detrimento ao direito ambiental, independentemente de outras peculiaridades por ventura existentes no caso concreto, bastando que a ocupação tenha se consolidado antes de 22 de julho de 2008:

Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

[...]

§ 12. Será admitida a manutenção de residências e da infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, inclusive o acesso

²³ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 403.190/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Julgado em 27 junho de 2006.

a essas atividades, independentemente das determinações contidas no caput e nos §§ 1º a 7º, desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas.

Neste caso, fica evidente a preferência dada pelo legislador infraconstitucional às moradia e às atividades de subsistência desses agricultores, que consolidaram suas ocupações irregulares antes de julho de 2008, pois a remoção das residências nestas áreas rurais não fica condicionada a nenhum critério ambiental, mais sim a uma avaliação quanto a eventuais riscos de vida ou a integridade física das pessoas que nela residam. O mesmo ocorre nos casos de regularização fundiária urbana, nas quais exista interesse social (*vide* arts. 64 e 65 do Código Florestal vigente).

No entanto, em que pese a existência de uma precedência legalmente definida para estas hipóteses – que, é bem verdade, ainda suscitam muitas controvérsias, pois há quem defenda a inconstitucionalidade desta anistia prevista nos referidos artigos do Código Florestal –, os demais conflitos entre o direito à moradia e a ocupação das áreas de preservação permanente devem continuar sendo decididos caso a caso, à luz das peculiaridades que cada uma das demandas submetidas ao Poder Judiciário carrega consigo. E, para esta tarefa, nada mais oportuno do que a utilização do princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Decidir questões onde existam conflitos entre direitos fundamentais, apesar de ser uma tarefa cada vez mais comum na esfera judicial, ainda é uma atividade bastante delicada e que gera muita controvérsia. Privilegiar um direito em detrimento de outro é algo bastante polêmico e, quando acontece, precisa ser acompanhado de uma boa fundamentação. Como se comentou ao longo deste artigo, as violações ao direito ambiental, pela ocupação residencial irregular de áreas de preservação permanente, são bons exemplos envolvendo conflitos entre direitos fundamentais. De um lado, tem-se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, sendo comprometido por ocupações irregulares. De outro, uma ou várias famílias ocupando um espaço que, apesar de ambientalmente relevante, acabou se tornando um local onde elas exercem seu direito à moradia.

Para resolver esse conflito é oportuno, uma vez mais, valer-se do princípio da proporcionalidade e da lei da ponderação, avaliando-se uma a uma as

peculiaridades da lide, a fim de estabelecer, em cada caso concreto, a precedência de um desses direitos fundamentais sobre o outro.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliana Maria Barreiros. *O direito à moradia nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. *Temas de Direito Constitucional no Brasil. Interesse Público*, n. 33, set./out. 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus da prova nas lides ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, p. 229/247, jan./mar. 2013.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, 127:49, 1995.

DEBONI, Giuliano. *Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental – Sistema jurídico italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Polity Press, 1996.

LECKIE, Scott. The Right to Housing. In: EIDE, Asbjør; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan (Ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. A concessão Especial para fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade. In: ALFONSIN, Betânea; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: ocupação de áreas protegidas: conflito entre direitos fundamentais? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, p. 94/119, out./dez. 2010.

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

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-Ingo-Sarlet.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. *Direito à moradia e de habitação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, abr./jun. 2000.

