



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O direito à moradia, a ocupação urbana e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como desafio para o Poder Judiciário

Danielle Morais Bourguignon Sparta

Rio de Janeiro  
2015

DANIELLE MORAIS BOURGUIGNON SPARTA

**O direito à moradia, a ocupação urbana e a preservação do meio ambiente  
ecologicamente equilibrado como desafio para o Poder Judiciário**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2015

## **O DIREITO À MORADIA, A OCUPAÇÃO URBANA E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DESAFIO PARA O PODER JUDICIÁRIO**

Danielle Morais Bourguignon Sparta

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Pós-Graduada em Advocacia Pública pela UERJ-ESAP. Advogada e Liquidante Extrajudicial.

**Resumo:** O Poder Judiciário tem sido buscado com vistas à resolução de conflitos de interesse sobre questões sensíveis à preservação do meio ambiente e à promoção do direito à moradia, sendo ambos institutos alçados à garantia de direito fundamental, na Constituição da República de 1988. Nesse sentido, o princípio da função social da propriedade torna-se grande aliado na efetivação da garantia constitucional do direito à moradia. Por outro lado, deve-se levar em conta que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos. Em um cenário de omissão da administração pública na implementação de políticas que visem, tanto à proteção e à preservação do meio ambiente, quanto à facilitação do acesso à moradia digna, legitima-se a atuação do Poder Judiciário para, utilizando-se da técnica de ponderação de interesses, garantir o mínimo vital. O desafio do presente trabalho acadêmico está na descoberta do limite da atuação do Poder Judiciário para que, no atendimento da função social da propriedade e em respeito à dignidade humana, possa dizer o direito em atendimento ao preceito constitucional de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas sem se imiscuir na função típica de atuação do Poder Executivo, qual seja a promoção de políticas públicas de moradia.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional e Ambiental. Meio ambiente. Moradia. Ponderação de interesses. Separação de Poderes.

**Sumário:** Introdução. 1. A proteção do meio ambiente. 2. O direito à moradia. 3. A legitimidade da atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Análise de caso concreto: deslizamento no morro do fubá. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa científica discute a legitimidade da atuação do Poder Judiciário do Rio de Janeiro na preservação do meio ambiente e na efetivação do direito à moradia digna, ambos institutos com previsão normativa na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, serão indicados os dispositivos legais e posições doutrinárias pertinentes, juntamente com a análise de um caso concreto acerca do tema, de modo a verificar qual seria o limite da atuação do Poder Judiciário para que este possa dizer o direito, sem se imiscuir na

função típica do Poder Executivo, de promoção de políticas públicas de moradia e de preservação do meio ambiente.

Sabe-se que o notório *déficit* e a dificuldade de acesso à moradia digna levam à ocupação irregular de imóveis nas grandes cidades. Uma situação que, ante a omissão do Estado na implementação de programas de acesso à moradia, para as classes menos favorecidas, passa a ser definitiva e culmina com a ocupação e devastação de áreas verdes e essenciais para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O tema é novo, mas de grande relevância, uma vez que a questão da necessidade de uma moradia digna interessa às pessoas de todas as classes sociais, individualmente consideradas, ao passo que o meio ambiente é assunto de interesse de toda a coletividade. Ademais, considerando-se as bases em que construído o Estado Democrático de Direito, a intervenção do Poder Judiciário nas esferas de atuação típica dos outros Poderes é extremamente delicada, sendo vista com exceção.

O trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro deles, aborda-se a proteção do meio ambiente e sua importância para a sociedade moderna, apresentando a repercussão da presente Carta Constitucional e dos compromissos internacionalmente firmados pelo Brasil no Direito Ambiental e no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do Direito.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o direito à moradia é bem jurídico tutelado pela ordem jurídica brasileira, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica a violação a esse bem jurídico no meio social em que se vive. Sem prejuízo, são apresentados os normativos do direito nacional e internacional que regem o tema.

O terceiro capítulo destina-se a analisar uma situação concretamente ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, a fim de verificar a legitimidade e o limite da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos à moradia digna e ao meio ambiente equilibrado, quando da omissão do Estado. Esse capítulo tem por objetivo comprovar, com base na técnica da

ponderação de interesses e no princípio da dignidade da pessoa humana, que esses valores são plenamente compatíveis com o elenco de direitos fundamentais, não havendo que se falar em aplicação da teoria do mínimo existencial.

A pesquisa utilizará a metodologia bibliográfica e de estudo de caso, sendo de natureza qualitativa e explicativa.

## **1. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) inovou, na ordem jurídica brasileira, ao estabelecer expressamente a tutela do meio ambiente e elencando responsabilidades para alcançar a efetividade do mencionado direito. Além disso, previu regras para aplicação de sanções aplicáveis no caso de condutas e atividades que maculem a sua preservação<sup>1</sup>. Considerando-se a pluralidade da sociedade brasileira, marcada por nítidos contrastes de ordem econômico-social tem-se que o crescimento acelerado e desordenado das cidades brasileiras traz como consequências, não apenas as desigualdades sociais, mas também, a necessidade de efetiva atuação dos entes estatais para a busca da efetivação dos direitos previstos na constituição.

Não sem razão, ganham relevância os conflitos relativos à tutela dos direitos coletivos, cuja abordagem impõe a superação da velha dicotomia entre bens públicos *versus* bens privados. Nesse contexto, o artigo 225 da CRFB/88 traz a ideia do bem de uso comum do povo, o bem ambiental: “ Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>2</sup> Ibid.

Como se infere da leitura do dispositivo em comento, o Poder Constituinte originário foi enfático ao utilizar os vocábulos “todos”, “bem de uso comum do povo” e “essencial”, ficando claro o intuito de disciplinar um bem de natureza difusa, que pertence a todos e não se adapta aos tradicionais conceitos de bem público ou privado. Nesse sentido, veja-se o que diz José Afonso da Silva<sup>3</sup>:

O bem ambiental não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada nem de pessoa pública. Por assim ser, devemos frizar que o gerenciamento dessa espécie de bem caberá ao poder público, que deverá administrá-lo com vistas à promoção do bem estar de toda a coletividade.

Ademais o meio ambiente enquanto bem “essencial à sadia qualidade de vida” deve ser visto à luz da norma contida no art. 1º, inciso III e art. 6º, todos da CRFB/88, sendo clara a ideia de que ao indivíduo deve ser possível gozar de vida digna, conforme previsão constitucional: acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância e à assistência aos desamparados.

Tem-se então que, além da forte vinculação entre a tutela do meio ambiente e a garantia da dignidade da pessoa, prevista no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, o sistema constitucional é antropocêntrico<sup>4</sup>, ou seja: o Homem é o destinatário das normas constitucionais, o que se apresenta como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, portanto devendo ser considerado quando se fizer necessária a ponderação dos interesses constitucionalmente previstos que apresentem aparente conflito entre si.

Em nível infraconstitucional, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de um microsistema para tutela do meio ambiente, conforme será a seguir discriminado, em ordem cronológica.

A ação popular, regulamentada na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965<sup>5</sup>, foi pioneira na defesa dos direitos coletivos em juízo, portanto sendo útil na defesa dos bens públicos e de natureza difusa, justamente como ocorre quanto ao meio ambiente, ante a previsão de que

---

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p.55.

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit., 1988.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

qualquer cidadão será parte legítima para propositura da ação popular, com vistas a anular ato que lese o meio ambiente.

A política nacional de meio ambiente foi instituída com o advento da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dado sua relevância jurídica, a mencionada lei foi recepcionada pela CRFB/88, sendo a norma infraconstitucional de maior relevância em matéria de proteção ao meio ambiente, uma vez que, pela criação do Sistema Nacional de Meio Ambiente, unificou os sistemas de proteção ambiental, e possibilitou a efetivação do conjunto de instrumentos legais, técnicos, científicos, políticos e econômicos destinados à busca do equilíbrio entre a natureza desenvolvimento econômico.

A Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, instituiu a ação civil pública. Trata-se do primeiro instrumento processual de proteção aos interesses da coletividade, com vistas à responsabilização de danos eventualmente causados ao meio ambiente, dentre outros.<sup>6</sup> Atualmente uma ação constitucional que, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, compõe a base normativa do processo coletivo brasileiro, ou do sistema da ação civil pública, cujo objetivo é a defesa dos interesses difusos de maneira geral, já que visa a responsabilizar pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, por danos eventualmente causados àqueles que tutela.<sup>7</sup> Ademais, o objeto também é amplo, já que pode envolver, tanto uma condenação em dinheiro, quanto o cumprimento de obrigação de fazer e/ou não fazer, ou ambas.

A menção ao Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990<sup>8</sup>, em sede de defesa do meio ambiente, pode causar certa estranheza aos mais desavisados. No entanto, trata-se de diploma fundamental para a proteção ambiental, notadamente ante a previsão normatativa do artigo 81, que versa sobre a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, em caráter individual, ou coletivo.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>8</sup> Ibid.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, também conhecida como “lei de crimes ambientais” teve o escopo de codificar os normativos esparsos em matéria de crimes ambientais. Em que pesem algumas críticas quanto aos retrocessos advindos com a nova lei, merece destaque a previsão do tipo culposo para crimes ambientais, anteriormente inexistente, bem como a inserção de crimes de perigo, além da expressa previsão da responsabilização objetiva do causador de dano ambiental. Outrossim, sem prejuízo da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos crimes ambientais, a lei prevê, nos artigos 2º e 3º, a possibilidade de responsabilização de pessoas naturais ou jurídicas, inserindo assim a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica aos crimes ambientais.

A mais recente lei introduzida no ordenamento jurídico, com vistas à tutela do meio ambiente, foi a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, também conhecida como “estatuto da cidade”, eis que os normativos tratam da política urbana, com vistas a regular e organizar a *urbe*, e buscando a promoção do desenvolvimento urbano e melhorias na qualidade de vida da população urbana.<sup>9</sup>

Por se tratar de um direito da coletividade, a proteção do meio ambiente tem caráter transnacional, de modo que a sua repercussão global ultrapassa as fronteiras dos países já que os graves impactos ocasionados pela atividade humana têm elevado a tutela do meio ambiente a uma posição de destaque no âmbito das relações internacionais. Sendo assim, a várias convenções internacionais que firmaram acordos diplomáticos entre as nações, tudo com o escopo de diminuir os impactos ambientais causados pelos signatários.

Merecem destaque os seguintes documentos que versam sobre a proteção ao meio ambiente: o Protocolo de Kyoto (1997), a Agenda 21 Global (1992), a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Carta Mundial da Natureza (1982), a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) e, por fim e não menos importante o Pacto Internacional da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.



(1966), cujo preceito vinculante e obrigatório é a melhoria do meio ambiente para assegurar um elevado nível de saúde física e mental. Senão vejamos:

Art 12 – 1. Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para segurar:[...]

b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

Como se vê a proteção ao meio ambiente está prevista, já há algum tempo, em variados instrumentos normativos que visam a efetivar a tutela do meio ambiente sobre os mais variados aspectos, restando claro que a forte vinculação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental. Nesse sentido, veja-se o ensinamento de Cançado Trindade<sup>10</sup>:

A proteção ao meio ambiente acompanhou a proteção aos direitos humanos no plano internacional, assim como os avanços na proteção dos direitos humanos incluíram, implícita ou explicitamente instrumentos que têm alargado o escopo de proteção do direito ambiental internacional. Instrumentos do direito internacional ambiental foram paulatinamente colocando os seres humanos no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável.

Cumprir destacar que o Brasil é signatário de tratados internacionais de direitos humanos, os quais foram internalizados por meio dos decretos de nº 591, de 1992 e 3.321, de 1999, tornando obrigatória a adoção de providências que garantam tanto a proteção dos direitos humanos quanto à proteção do meio ambiente equilibrado, deixando clara a correlação entre dignidade humana e meio ambiente saudável.

## 2. O DIREITO À MORADIA

Pode-se dizer, de uma maneira geral, que as cidades surgem de uma necessidade de integração do homem com os seus semelhantes, visando à construção de um local ideal para viver. Comparando-se diferentes cidades de diferentes países e continentes, constata-se que as nítidas diferenças entre a ocupação de terras pelas elites e aquela pelas classes menos

---

<sup>10</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os direitos humanos e o meio ambiente. In: SYMONIDES, Janusz (Org.). *Direitos humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: Unesco, 2003, p. 165.

favorecidas economicamente. Significa dizer que, mesmo que informalmente, as classes dominantes estabelecem a ocupação e organização do espaço urbano, relegando aos demais um plano além do perímetro urbano, onde o acesso aos serviços essenciais como transporte, educação, saúde, etc., acabam sendo precários ou até mesmo inexistentes.

Isso porque, o traçado do perímetro urbano exclui dos limites da cidade as famílias sem recurso para a aquisição de moradia regular, ou seja, construídas de acordo com as normas de parcelamento e de ocupação do solo previstas na legislação, essa situação não é nova. Ao contrário, tem-se notícias de que desde a época medieval as cidades eram divididas nas regiões intra e extra muros. Na primeira os cidadãos gozavam de todos os serviços e recursos inerentes à vida em sociedade, na segunda estavam expostos a toda sorte de aventuras e perigos.

Em que pese as centenas de anos passados desde o medievo, ainda hoje são ausentes projetos inclusivos para contemplar todos os aspectos necessários a um desenvolvimento urbano equilibrado e acessível a todas as classes sociais. Sobre esse assunto, Adir Ubaldo Rech<sup>11</sup> afirma que “a verdade é que os Municípios nunca tiveram grandes preocupações em estabelecer normas de direito público na construção de moradias, mas sempre o tema foi pautado pelo Direito Imobiliário, porém de caráter privado.”.

Vale ainda citar Alvacir Alfredo Nicz<sup>12</sup>:

O próprio direito teve sempre a predominância privatística que, por influência romana impera de um modo geral no pensamento dos juristas, uma vez que o direito privado alcançou o mais completo grau de elaboração doutrinária, tendo o direito público sofrido ingerência em seu campo, o que traz, muitas vezes, a insegurança e a incerteza na perfeita definição de seus institutos.

À luz desse cenário no qual prevaleceram as relações jurídicas constituídas com foco nos interesses privados, não houve a preocupação com a destinação de espaço para ocupação pelas classes mais humildes que acabaram por buscar a fixação de sua moradia alhures. Logo, com a impossibilidade de aquisição e construção de imóveis de acordo com as normas urbanísticas da

---

<sup>11</sup> RECH, Adir Ubaldo. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana, *Direito Público*, Brasília, ano XI, n. 60, p. 74-85, nov. Dez. 2014.

<sup>12</sup> NICZ apud RECH, Adir Ubaldo. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana, *Direito Público*, Brasília, ano XI, n. 60, p. 74-85, nov. Dez. 2014, p. 75

cidade, acabam por construir fora do perímetro urbano ou ocupando áreas urbanas, porém sem interesse econômico, como é o caso das encostas e margens de rios, ou seja, áreas de interesse ambiental. Rech<sup>13</sup> traz dados objetivos sobre esse assunto conforme adiante:

Há, no Brasil, mais de 16 mil favelas cadastradas. Soma-se a isso, o fato de que mais de 42% dos lotes ocupados em área urbana são irregulares, o que demonstra que as nossas cidades não foram e nem são planejadas e, portanto, não existe espaço para essa grande parcela da população brasileira [...]

Passados anos de omissão do poder público no incentivo à oferta de meios para aquisição de moradias, observa-se que o Brasil, na condição de signatário<sup>14</sup> de tratados internacionais que asseguram o acesso à moradia digna e a promoção do desenvolvimento sustentável, passa por uma explosão do mercado mobiliário em que o setor de construção volta-se para as habitações de interesse social. A alteração desse panorama deu-se principalmente, desde que, o direito fundamental e social à moradia foi alçado a norma constitucionalmente prevista, conforme disposto no artigo 6º da CFRB/88<sup>15</sup>.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Cidade<sup>16</sup>, especificamente, no que diz respeito à moradia, tem-se no artigo 2º, incisos I, XIV e XV, a previsão de garantia do direito a cidades sustentáveis, regularização fundiária<sup>17</sup> e a simplificação da legislação e das normas de edificação para permitir a redução dos custos e o aumento da oferta de imóveis para moradia.

Como não poderia deixar de ser, a ordem jurídica internacional tem grande influência no reconhecimento do caráter fundamental do direito à moradia, conforme se infere da redação do artigo 25, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)<sup>18</sup>, do qual o Brasil é signatário:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao

<sup>13</sup> RECH, op. cit., p. 77.

<sup>14</sup> O Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no ano de 1992, e a incorporou ao ordenamento jurídico interno com o Decreto 3.321 de 30 de dezembro de 1999.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., 1988.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., 2001.

<sup>17</sup> Regularização fundiária conforme previsto no art. 46 da lei 11.977 de 7 de julho de 2009, é o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

<sup>18</sup> NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015.

alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Ainda no âmbito internacional, menciona-se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>19</sup>, de 1966, que em seu artigo 11, item 1, tornou vinculante o disposto pela DUDH e passando a considerar a moradia digna como um direito essencial que deve ser promovido pelos Estados<sup>20</sup> conforme adiante:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito [...]

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), o tema aqui tratado também é abordado com grande relevância no Programa das Nações Unidas para Assentamentos Urbanos (ONU-Habitat) e foi objeto de debate em duas conferências internacionais nas quais foram traçadas diretrizes para a questão dos assentamentos humanos, culminando com a Declaração de Vancouver<sup>21</sup> sobre assentamentos humanos em 1976, também conhecida como Agenda Habitat I, e com a Agenda Habitat II, na Conferência de Istambul<sup>22</sup> em 1996. DO todo acordo pelas nações participantes destaca-se o reconhecimento da moradia como direito fundamental e a necessidade de sua preconização para o atendimento da dignidade da pessoa humana.

Por fim, ainda com caráter normativo, cita-se o Comentário Geral nº 4<sup>23</sup> da ONU, que elenca a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de serviços e de infraestrutura

<sup>19</sup> NAÇÕES UNIDAS, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais de 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015.

<sup>20</sup> O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos e Sociais, ratificado pelo Brasil, foi internalizado por meio do Decreto 591, de 6 de julho de 1992.

<sup>21</sup> ONU-HABITAT, Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-sobre-assentamentos-humanos-de-vancouver>>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>22</sup> ONU-HABITAT, Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>23</sup> UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment N° 04: The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1). Geneva, 1991. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/469f4d91a9378221c12563ed0053547e>>. Acesso em: 25 out. 2015.

urbana, o custo acessível da moradia, a habitabilidade, a acessibilidade, a localização e a adequação cultural da habitação como requisitos da moradia adequada.

### **3. A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ANÁLISE DE CASO CONCRETO: DESLIZAMENTO NO MORRO DO FUBÁ**

Engana-se aquele que pensa que o *déficit* de moradia atinge apenas as classes menos favorecidas. Essas são apenas as primeiras a sentir os impactos da exclusão, já que diretamente atingidos desde o momento em que ocupam desordenadamente o espaço urbano, fixando-se naquele espaço “que sobrou”: áreas sem valor econômico e que escaparam da malfadada especulação imobiliária.

Nesse cenário caótico, mais cedo ou mais tarde, a sociedade acaba sendo atingida como um todo, já que os efeitos da degradação do meio ambiente não podem ser mensurados individualizados, já que impactam as presentes e as futuras gerações.

Ante a falta de opções e o baixo interesse do mercado imobiliário em terrenos localizados em áreas de encostas ou às margens de rios, iniciam-se as ocupações irregulares das mencionadas áreas que, justamente pelas mesmas características que causaram sua depreciação econômica, deveriam receber maior atenção das autoridades públicas e da população.

Inequívoco o interesse ambiental quando se trata de encostas e de margens de rios, sendo premente a necessidade de manutenção da vegetação que suporta do solo e que protege os rios e córregos, a fim de se evitar deslizamentos e secas, respectivamente. Como já dito, a conta será paga por todos, seja com os efeitos da degradação, seja arcando com os custos das providências necessárias ao restabelecimento das áreas atingidas, sempre que possível.

Justifica-se a intervenção do Poder Judiciário para a solução de conflitos de interesse, especialmente quando verificada a omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas para a proteção do meio ambiente e promoção de meios para o alcance da moradia digna.

Com fundamento no arcabouço normativo para defesa do meio ambiente e garantia do direito à moradia, já apresentados nesse trabalho, entende-se que a atuação do Poder Judiciário pode ocorrer, tanto de modo preventivo, com vistas a evitar um mal futuro emitente, já que a mitigação de eventuais riscos à vida e à integridade física compõe um dos deveres institucionais do Estado, com previsão na norma de maior hierarquia do Brasil; quanto de modo repressivo, com vistas a evitar que o evento danoso se repita, como acontece nos emblemáticos casos de acidentes ambientais com derramamento de substâncias tóxicas, como por exemplo o petróleo.

Dado a natureza e a relevância dos direitos envolvidos, não cabe a invocação da reserva do possível<sup>24</sup>, mas sim a aplicação do método de ponderação dos interesses, de Robert Alexy<sup>25</sup> postos em jogo, segundo a qual a prestação pretendida pelo jurisdicionado deve guardar relação com o que pode razoavelmente exigir do Poder Público. Nessa linha de raciocínio, reconhece-se a necessidade de tutela do mínimo vital à existência humana, no que se inclui a moradia, estando a atuação do Poder Judiciário plenamente validada quando da inexistência de atendimento desse mínimo pelos demais Poderes, não havendo que se falar em ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes<sup>26</sup>.

Para fins de enfrentamento do problema deste trabalho acadêmico, elegeu-se o emblemático caso do Morro do Fubá<sup>27</sup>, tanto pela localização geográfica da mencionada comunidade, quanto pela riqueza das discussões enfrentadas no julgamento e por sua atualidade.

No caso concreto, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs ação civil pública em face do Município do Rio de Janeiro, visando à condenação do réu na execução de

---

<sup>24</sup> Segundo a teoria da reserva do possível, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, condiciona-se às possibilidades financeiras do Erário. Como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, é necessário ao gestor público eleger, de modo discricionário as políticas públicas a serem executadas.

<sup>25</sup> As colisões entre direitos fundamentais devem ser consideradas como uma colisão de princípios, sendo que o processo de ambas as colisões é a ponderação.

<sup>26</sup> Art. 2º da CRFB/88.

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n. 0440420-57.2012.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201522703761>>. Acesso em: 17 out. 2015.

medidas de intervenção para estabilização de solo e contenção de encostas, em diversos imóveis localizados na Favela do Fubá, no bairro de Cascadura, na cidade do Rio de Janeiro, reduzindo-se a classificação de risco até o nível baixo<sup>28</sup>.

Consta dos autos que houve parcelamento irregular do solo e que os deslizamentos se deram após chuvas torrenciais ocorridas na data de 14 de outubro de 2009, culminando com a interdição de imóveis na localidade pela Defesa Civil. No entanto, entendendo-se que a questão versava sobre direito de vizinhança, a Geo-Rio<sup>29</sup> determinou que as obras de estabilização do terreno fossem realizadas por particulares, não obstante a grave situação de ofensa à incolumidade pública verificada na situação, inclusive com risco de novos desabamentos.

Em defesa, o Município réu alegou a inexistência de culpa e o regular exercício do poder de polícia, fundamentado no artigo 30 da CRFB/88, e na política nacional de proteção e defesa civil<sup>30</sup>. Aduziu que não foram cumpridas as notificações para desocupação da área e que, como as ocupações eram irregulares, faltava aos moradores a preocupação em se manter nos limites da legalidade, razão pela qual as medidas adotadas seriam ineficazes. Por fim, o Município alegou a impossibilidade de o Judiciário se imiscuir na esfera decisória da administração pública, por não gozar de condições para avaliar, definir e impor as medidas a serem adotadas, à luz da reserva do possível.

No julgamento da Apelação Cível n. 0440420-57.2012.8.19.0001<sup>31</sup>, de relatoria da Excelentíssima Desembargadora Renata Machado Cotta, o pedido foi julgado procedente, determinando-se a imposição de medidas para redução do risco de deslizamento, em acórdão

---

<sup>28</sup> Os graus de risco são numa escala decrescente: muito alto, alto, médio e baixo. No risco baixo que se pretende alcançar com a execução das obras, não há indícios de desenvolvimento de processo destrutivo em encostas e em margens de drenagens e, uma vez mantidas as condições existentes, não se espera a ocorrência de eventos destrutivos.

<sup>29</sup> A Fundação Instituto de Geotécnica (Geo-Rio) foi criada pelo decreto n. 609, de 12 de maio de 1966. É o órgão da Secretaria Municipal de Obras do Rio de Janeiro responsável pela contenção de encostas e define as obras necessárias para garantir a segurança da população.

<sup>30</sup> Art. 8º da Lei nº 12.608 de 10 de abril de 2012.

<sup>31</sup> Publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 02/10/2015.

que brilhante e didaticamente abordou todas as questões pertinentes a tema tão caro, conforme análise adiante.

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE NECESSIDADE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. REJEIÇÃO. MÉRITO. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PARA REDUÇÃO DE RISCO DE DESLIZAMENTO. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E MORADIA. NÚCLEO ESSENCIAL ATINGIDO.

No mencionado julgado, não foi acolhida a preliminar que pretendia a formação de litisconsórcio passivo necessário, que seria formado entre os particulares (imóveis lindeiros) e a Administração Pública municipal. O principal fundamento utilizado para afastar a tese da defesa foi o de que a omissão foi praticada pela Administração Pública municipal, enquanto detentora dos diversos deveres constitucionais e infraconstitucionais relacionados à defesa civil.

Reconheceu-se a legitimidade de utilização da ação civil pública para o caso, enquanto ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público, a quem a Constituição da República outorgou a defesa da ordem jurídica enquanto função institucional, no que se destacam a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No caso analisado, o Ministério Público logrou êxito em demonstrar que se tratava de área com alto risco de deslizamentos e de iminente desastre naquela comunidade de baixa renda.

Afastando expressamente a alegada violação ao princípio da separação dos poderes e ressaltando o caráter excepcional do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, o Tribunal *ad quem* reconheceu a clara omissão da Administração Pública em relação aos riscos enfrentados pelos moradores da comunidade, ante a ausência de realização das obras de estabilização na região. Senão vejamos:

a jurisprudência pátria, inclusive o STJ, permite o controle judicial de políticas públicas em casos excepcionais, mormente nos casos de inércia do Estado em assegurar a efetivação de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana como os direitos à vida e à moradia. O direito social à moradia (art. 6º, caput, da CF) é efeito direto da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF).



Igualmente, a Constituição prevê que o Estado deve assegurar especial proteção à família (art. 226, da CF).

Pelo trecho acima colacionado, fica claro o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que a violação ao princípio da separação de poderes ocorre quando desprestigiada a discricionariedade da Administração, o que existe quando existente a possibilidade de escolha entre o atuar, ou não.

Tal situação, contudo, não se confunde quando se está a falar de efetivação dos direitos fundamentais à vida e à moradia, eis que, nesse caso, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, com prestígio ao princípio do mínimo vital. Nesse sentido, veja-se trecho do acórdão ora analisado:

Não é possível imaginar um ordenamento jurídico fundado no princípio da dignidade da pessoa humana em que o Poder Judiciário mantenha-se alheio à inércia Executiva na execução de programas de proteção de habitantes de áreas de risco de deslizamentos e desabamentos, enquanto se proliferam anualmente os exemplos de desastres naturais, em sua maioria em áreas carentes, que posteriormente descobre-se que poderiam ter sido evitados com a atuação estatal. Em sede infraconstitucional a Lei 12.340/10 prevê expressamente o dever do ente público estatal de promover as obras de contenção necessárias promovendo o apoio aos cidadãos (artigo 3º-A, § 2º, III e § 3º e art. 3º-B). E, mais recentemente, a Lei 12.608/12, em seu artigo 2º, 3º, 4º, e seus incisos.

Da análise do trecho acima, fica evidente que a mitigação dos riscos é dever institucional imposto pela Constituição da República, já que a realização dos Direitos Fundamentais não pode ser vista como tema que dependa exclusivamente da vontade do gestor público, a quem não cabe limitar as ações necessárias à preservação de direitos fundamentais, em razão de alegada escassez, quando esta seja fruto de suas próprias escolhas. Tem-se claramente que não se trata de um mero favor a ser prestado pelo Poder Público.

Pelos mesmos fundamentos, afasta-se a aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição da República, segundo o qual a implementação de direitos dependeria de dotação orçamentária. Conforme precedentes do E. STF, a cláusula da reserva do possível encontra limite na garantia constitucional do mínimo existencial, não podendo o Estado deixar de assegurar as condições adequadas à existência digna do cidadão, de modo que deverá realizar prestações positivas a fim de viabilizar a fruição de direitos sociais básicos.

Nesse sentido, ainda no início da década de 90, o então Ministro Celso de Mello<sup>32</sup> assim já se manifestava, lecionando que “é preciso evoluir cada vez mais no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial”.

O caso do Morro do Fubá representa uma abordagem das políticas públicas, que tem inspiração na doutrina norte-americana, sendo relativamente nova na doutrina pátria. Seu objetivo é a obtenção de um resultado previamente determinado, que se concretiza por meio de um programa de ação governamental.

O professor Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto objetivamente afirma que as políticas públicas consistem em um “complexo de processos juspolíticos destinados à efetivação dos direitos fundamentais”<sup>33</sup>, do que se infere não se tratar de uma decisão monocraticamente tomada, nem mesmo por um órgão único, para o que deve haver a participação dos diferentes Poderes e órgãos e, sempre que possível, a manifestação popular.

No caso do Morro do Fubá, pretendia-se a condenação do réu para a adoção de providências úteis à redução do risco de deslizamento, o que está umbilicalmente ligado ao núcleo essencial da direito fundamental à vida, porque ficou comprovado a alto risco de deslizamentos, o que colocaria em risco a vida dos moradores daquela região. No cenário apresentado, não é permitido ao Poder Judiciário, com base no princípio da separação de poderes, manter-se inerte em relação aos pedidos de tutela jurisdicional decorrentes do total descaso da Administração com a vida dos moradores dessas comunidades, ficando plenamente justificada a sua atuação positiva.

---

<sup>32</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS/DF n. 20.999. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20999%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20999%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bp5z6yp>>. Acesso em: 12 out. 2015.

<sup>33</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.124.

## CONCLUSÃO

Por todo o que até aqui foi exposto, é indene de dúvidas que a atividade do administrador público deve se dar à luz da ordem jurídica vigente, razão pela qual o controle jurisdicional sobre a atividade da Administração Pública tem fundamento constitucional, sendo certo que, desde a década de 90, o C. Supremo Tribunal Federal já tem se pronunciado sobre a possibilidade e/ou necessidade de controle jurisdicional das políticas públicas.

Logo, uma vez verificada a omissão do Poder Público na obrigação constitucional de adotar medidas concretas e eficazes para a garantia do mínimo vital, fica excepcionalmente autorizado o controle jurisdicional, sem que isso signifique violação ao princípio da separação de poderes previsto na CRFB/88.

Isso porque a inércia ou omissão no cumprimento de deveres constitucionais, pelo Estado, é verdadeira ofensa aos direitos fundamentais, não podendo ser justificada pelo princípio da separação dos poderes.

Ademais, é dever constitucional, de competência comum entre os entes federativos, a adoção de medidas destinadas à preservação do meio ambiente e à promoção de programas de construção de moradias, bem como de melhoria das condições habitacionais.

Assim sendo, é legítima a atuação do Poder Judiciário para a tutela de direitos fundamentais, no que se incluem, tanto o direito à moradia, quanto o dever de proteção ao meio ambiente, ante a recorrente insuficiência dos resultados desejados com a implementação de políticas públicas. São exemplos de possibilidade de atuação do Poder Judiciário a necessidade de evitar degradação ambiental irreversível e que cause risco à vida da população, como também na hipótese de risco de desabamento de encostas, além da necessidade de implementação de meios de acesso à moradia digna.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

\_\_\_\_\_. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. MS/DF n. 20.999. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20999%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20999%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bp5z6yp>>. Acesso em: 12 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n. 0440420-57.2012.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201522703761>>. Acesso em: 17 out. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELES, Gustavo Fernandes; VASCONCELOS Lara Barreira. Integrando Sustentabilidade ao Direito à Habitação – uma abordagem a partir do Direito Internacional, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Brasília, vol. 80/2012, p. 299-315, Jul-Set 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015.

\_\_\_\_\_, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais de 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015.

NAÇÕES UNIDAS-HABITAT, Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-sobre-assentamentos-humanos-de-vancouver>>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_, Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>. Acesso em: 25 out. 2015.

NICZ apud RECH, Adir Ubaldo. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana, *Direito Público*, Brasília, ano XI, n. 60, p. 74-85, nov.-dez. 2014.

RECH, Adir Ubaldo. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana, *Direito Público*, Brasília, ano XI, n. 60, p. 74-85, nov. Dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os direitos humanos e o meio ambiente. In: SYMONIDES, Janusz (Org.). *Direitos humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: Unesco, 2003.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment N° 04: The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1). Geneva, 1991. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/469f4d91a9378221c12563ed0053547e>>. Acesso em: 25 out. 2015.