



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE
EQUILIBRADO

Guilherme Teixeira Araujo

Rio de Janeiro
2017

Guilherme Teixeira Araujo

CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE
EQUILIBRADO

Artigo apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro. Professora Orientadora:
Maria Carolina C. de Amorim

Rio de Janeiro
2017

CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Guilherme Teixeira Araujo

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado. Assessor jurídico da Procuradoria do Instituto Estadual do Ambiente – INEA. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Os direitos fundamentais possuem, essencialmente, estrutura normativa de princípios, portanto são mandamentos de otimização e sua efetivação sujeita-se à máxima satisfação, versando-se nas situações fáticas e jurídicas do caso concreto. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem estrutura normativa de princípio e, por esse motivo, frequentemente, entra em rota de colisão com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos. No presente estudo, avalia-se o conflito do Direito ao Meio Ambiente Equilibrado com o Direito Fundamental da Propriedade. Sob essa perspectiva, pretendeu-se analisar um caso concreto do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro, de colisão entre o direito ao meio ambiente equilibrado com o direito fundamental da propriedade.

Palavras-chave – Meio Ambiente Equilibrado. Direito de Propriedade. Função Social da Propriedade. Área de Preservação Permanente. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade. Ponderação. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário – Introdução. 1. O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. 2. Direito de Propriedade e a sua Função Social. 3. Caso Concreto: Direito de Propriedade x Direito ao Meio Ambiente Equilibrado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica versará sobre os conceitos de preservação ambiental que proliferaram nas últimas décadas e levaram à positivação de um conjunto de preceitos tendentes a garantir um meio ambiente sustentável. No entanto tal regulamentação acabou por apresentar-se incompatível com o rígido conceito de direito de propriedade retirado das legislações de inspiração liberal.

Assim, o direito de propriedade tomou feição diversa da que o caracterizou em sua gênese. O tema aqui analisado possui enorme relevância, por se tratar da colisão de direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal, no que concerne a uma análise de sopesamento dos princípios

constitucionais, com suporte nas discussões referentes à determinação de qual princípio deve prevalecer em face do caso concreto.

Nesta perspectiva, a pesquisa busca fornecer elementos para o embasamento teórico na compreensão da análise de caso concreto e, ainda, examinar técnicas de soluções de conflitos entre direitos fundamentais.

A importância prática do nosso ponto de partida é inquestionável. Aos tribunais têm chegado diversas demandas judiciais cujo objeto se resume a saber se, no caso levado à decisão, prevalece a propriedade ou a proteção ao meio ambiente. Nem sempre a resposta do Poder Judiciário tem sido satisfatória, o que nos faz pensar que ainda há muito espaço para se discutir a matéria até se chegar a contornos nítidos nesse relacionamento entre direitos.

Para tanto será definido genericamente os direitos fundamentais, em razão da natureza dos direitos em análise, aproveitando para tratar da própria colisão entre os direitos em um caso concreto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O meio ambiente é indispensável para a existência da vida humana, sem ele seria impossível a sobrevivência de qualquer tipo de vida. Nesta linha de raciocínio e seguindo o pensamento do mundo moderno, um novo direito fundamental foi acrescentado pelo legislador constituinte, a partir dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º. Assim, a partir do artigo 225, *caput*, eis que surge um direito com fins a assegurar o desfrute adequado das condições de vida em um “*ambiente saudável ou, na dicção na lei, ecologicamente equilibrado*”¹.

Outro ponto que deve ser destacado é a proteção trazida pela Carta Magna com relação às gerações futuras. Este é um princípio ético e solidário, onde todos os recursos devem ser utilizados visando a não exaustão, tendo em vista que a continuidade da própria espécie depende da solidariedade da geração do presente.

A autoridade do direito a um meio ambiente hígido configura-se, em verdade, como alargamento do direito à vida, seja sob o prisma da existência física e saúde da humanidade, seja pela dignidade inerente a essa existência, uma vez que é a qualidade de vida que faz com que se

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência*, glossário. 8ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 201.

tenha sentido a vida.

Neste passo, tal direito emana da proteção contra qualquer privação despótica da vida, mas também do fato de que, nos tempos de agora, o Estado está compelido a encontrar diretrizes capazes de garantir o acesso aos meios de sobrevivência da humanidade como um todo. Logo, com espeque em tal fundamento, o Estado tem o dever de fazer evitar a ocorrência de riscos ambientais prejudiciais à própria vida.

De acordo com a Constituição Federal, é necessário que se proteja o meio ambiente a fim de garantir um aproveitamento adequado dos recursos ambientais combinado à qualidade de vida da população. Dessa forma, a utilização de um meio ambiente saudável e equilibrado foi instituída como um direito fundamental pelo ordenamento jurídico constitucional.

Além da previsão constitucional sobre o tema ambiental, há uma diversidade de leis infraconstitucionais no ordenamento jurídico nacional, com o intuito de proteção do meio ambiente, já que, por determinação da Lei Maior (artigo 24, VI e VIII) é concorrente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a competência para legislar sobre a matéria ora em foco e, verificando-se tal situação, para não nos alongarmos, restringiremos nossos comentários à legislação de caráter nacional.

No âmbito nacional, podemos trazer à baila como de suma importância para a preservação do meio ambiente, dentre outras, as seguintes normas: Lei 5.318/67, que cuida da Política Nacional do Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento; Decreto-lei n° 1.413/75, que trata da adoção de medidas preventivas ou de correção de possíveis prejuízos ao meio ambiente por atividades industriais; a Lei 8.723/97, estabelecendo os limites de emissão de poluição atmosférica; a Lei 9.433/97, instituindo a Política Nacional dos Recursos Hídricos; a Lei 9.795/99 que versa sobre a Política Nacional de Educação Ambiental; a lei 9.985/2000 que implementou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; e por fim, a lei 10.308/2001 que regulamenta os depósitos de rejeitos radioativos.

Contudo, de toda a produção legislativa, de caráter nacional, referente à proteção do meio ambiente, doutrinadores pátrios afirmam que existem grandes marcos legislativos, normas jurídicas importantes, cada uma à sua época, para a preservação ambiental no Brasil, sendo a Lei n.º 6.938/81 o primeiro grande marco, norma que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, cujo objetivo é a melhoria, preservação e recuperação ambiental; trazendo em seu bojo (artigo 3º, D), o conceito de meio ambiente como "*o conjunto de condições, leis, influências e interações de*

ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”; instituindo, ainda, o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA); além de determinar que na ocorrência de danos ambientais, que se valha para a sua apuração, da responsabilidade sob a modalidade objetiva (artigo 14, § 1º), ou seja, não se verificará se houve por parte do poluidor o elemento subjetivo “culpa”, somente se perquirindo os elementos dano, uma ação ou omissão e o nexo de causalidade entre os mesmos.

O segundo marco legal no ordenamento jurídico brasileiro referente à proteção do meio ambiente é a lei nacional n.º 7.347/85, que atribuiu ao Ministério Público papel importante no campo de proteção ambiental. Com essa norma, disciplinou-se a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, assim como a possibilidade de intervenção do *Parquet* Federal e Estadual em matéria ambiental, com a instauração do procedimento interno administrativo – o inquérito civil – com a finalidade de se apurar os fatos e preparar a ação judicial, podendo, ainda, as instituições ministeriais celebrarem acordos extrajudiciais com força de título executivo (Termos de Ajustamento de Conduta - TAC). Ainda, outra possibilidade advinda com essa norma legal, é permitir que associações que tenham por finalidade a proteção do meio ambiente possam agir judicialmente, além dos demais legitimados elencados em seu artigo 5º.

Para Maria Helena Diniz²:

Com isso essa lei veio permitir às associações civis a defesa do interesse lesado em nome de um grupo de pessoas (atividade antes da competência exclusiva do Ministério Público), criando assim, condições para medidas preventivas e não apenas de ressarcimento do dano causado, o que veio a ser confirmado pela lei n.º 8.078/90, em relação a dano causado ao consumidor. A lei n.º 8.078/90 aprimora a lei ao definir o conteúdo material dos interesses ou direitos difusos como direitos transindividuais de natureza indivisível, pertencentes à coletividade como o direito ao ambiente natural etc.

Portanto, após anos (e por que não se dizer de séculos), de omissões legislativas pátrias com a finalidade de proteção do meio ambiente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, acompanhando uma onda ideológica mundial de salvaguarda ambiental, o ordenamento jurídico brasileiro se sistematizou e ordenou a legislação nacional vigente com tal intuito, tendo como guia o disposto no artigo 225 da Lei Maior, contando, hoje, com diversos instrumentos legais nas esferas federal, estadual e municipal, para a preservação deste bem indisponível e que se tornou

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 536.

um verdadeiro direito fundamental do ser humano, bem esse, por determinação constitucional, objeto de responsabilidade de amparo por parte do Estado e de toda a sociedade.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

O direito real de propriedade constitui o mais amplo dos direitos reais – “*plena in re potesta*”. Sua conceituação consiste no conjunto de três critérios, o sintético, o analítico e o descritivo. Logo é, sinteticamente, a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem e de reavê-lo de quem injustamente o possui. E, por fim, descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Analisado seu conceito, urge entendermos como se caracteriza como direito fundamental.

O direito subjetivo de propriedade firma-se como o mais vasto entre todos os direitos subjetivos patrimoniais. Constitui, em verdade, elemento basilar do direito das coisas.

Ao discorrer sobre o tema, Rosenvald³ traz à tona brilhante posicionamento, o qual, por si só, exemplifica a importância de tal direito, ensinando-nos que “*a primeira propriedade é a existência*”. Assim, como sobreviver sem adquirir a propriedade?

A verdade é que o relevo da propriedade, reconhecida enquanto direito humano, une-se à sua função de proteção pessoal de seu titular⁴. Assim,

[...] há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua personalidade, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que exerce sobre a coisa.

Destarte, a propriedade presta-se a garantir bens jurídicos imprescindíveis à manutenção de certos valores essenciais na ordem jurídica. Em verdade, a tutela pelo ordenamento jurídico da propriedade existe com o fim precípua do desenvolvimento da personalidade, vez que, sem aquela, esta não se desenvolve em plenitude. Para ser, é preciso ter. Neste sentido, Rosenvald⁵, mostra-nos que:

[...] diante da dignidade da pessoa, deve o direito reconhecer a importância que tem o

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 06 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 178.

⁴ *Ibidem*, p. 179.

⁵ *Ibidem*, p. 207.

direito de propriedade, para o seu desenvolvimento. Tome-se, exemplificadamente, o desenvolvimento cultural do ser humano, o qual não seria possível, nos moldes que conhecemos, sem a adequada tutela à propriedade, eis que, como facilmente se percebe, a casa, a escola, a universidade e a biblioteca estão ancoradas sobre um direito de propriedade.

Elucidada a noção da propriedade enquanto direito fundamental, faz-se mister indagar: quando a propriedade perde tal condição? Quando se converte em privilégio, sendo, pois, transformada em verdadeira guarida para garantias de regalias que situam alguns bem acima da massa?

A propriedade é desvirtuada quando, de maneiras vetustas e a qualquer custo, torna-se meio de geração de riquezas para alguns, enquanto muitos agonizam o mal de uma propriedade que atende aos interesses de uma pequena parcela da população.

Faz-se imperioso observar que a propriedade é o mais amplo dos direitos reais, conforme nos ensina Orlando Gomes⁶, uma vez que concede ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la ou destruí-la. Nisso se constitui a oponibilidade *erga omnes* da propriedade. Cabe, todavia, questionarmo-nos: verificada a amplitude desse direito, torna-se então legítima a propriedade utilizada de maneira irrestrita?

Infelizmente, apesar de ser corriqueira a prática de um uso desregrado, a propriedade é, sim, mitigada, mas isso veremos logo à frente.

No tocante ao princípio da função social da propriedade, a corrente doutrinária civilista majoritária vincula os direitos reais à natureza econômica decorrente do aproveitamento pelo homem sobre os diversos bens disponíveis. O termo contemporâneo função social da propriedade tem sua fonte nas mais remotas fontes de Direito Privado. Quando o homem, da forma mais frugal possível, conduzia o rebanho de ovelhas da coletividade já demonstrava a forma genuína de apropriação social dos bens, que foi sendo ao longo do tempo substituída pelo caráter individualista sem afastar a ideia de utilidade, de exploração adequada presente nas concepções de função social que chegaram até os dias atuais.

Hodiernamente a função social da propriedade está encartada no art. 182 § 2º, da Constituição, ao expressar a ideia de que “*a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”⁷.

⁶ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 112.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 31 maio 2017.

A atual Lei Civil Brasileira inseriu em seu texto a função ambiental da propriedade e, no seu artigo 1.228, parágrafo primeiro, que dispõe:

Art. 1.228, (...) § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.⁸

Como se percebe, o direito de propriedade deve ser exercido em benefício da pessoa, mas respeitando a finalidade ético-social da comunidade, a que o seu titular pertence. Com tal entendimento, Milaré ensina que a propriedade, sem deixar de ser privada, se socializou, com isso significando que deve oferecer à coletividade maior utilidade, sob a concepção de que o social orienta o individual⁹.

Nesta vertente, Herman Benjamin¹⁰ destaca a ideia de que a Constituição de 1988 reconheceu o direito de propriedade, mas impôs limites constitucionais (intrínsecos e extrínsecos) de duas ordens:

Primeiro, agregando ao direito de propriedade a exigibilidade do cumprimento de uma função social. (...) Na doutrina, a função social é vista como princípio de controle da propriedade, que conforme salienta magistralmente Eros Roberto Grau, “impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa- o dever de exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, de não a exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”. Segundo, e agora de modo original, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social básica, introduziu uma função ecológica autônoma, que deve ser cumprida necessariamente pela propriedade, sob pena de perversão de seus fins, de sua legitimidade e de seus atributos.

Assim, como direito fundamental a propriedade se encontra na primeira dimensão dos direitos, chamados direitos civis e políticos, englobando os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal as liberdades de expressão coletiva e direitos de participação política. São direitos relacionados à própria pessoa. Tais direitos, reconhecidos por meio da

⁸ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 31 maio 2017.

⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência*, glossário. 8ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 273.

¹⁰ BENJAMIM, Herman Antônio. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: CANOTILHO, J. Joaquim Gomes, LEITE; José Rubens Morato (Orgs). *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 119-120.

Revolução Francesa, no século XVIII, exigem do Estado, a princípio, abstenções, muito embora não seja incomum que sua proteção e promoção demandem também atuações positivas, criação de organizações e procedimentos.

3. CASO CONCRETO: DIREITO DE PROPRIEDADE *VERSUS* DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Os princípios da propriedade e do meio ambiente confrontam-se, principalmente, em razão do modelo econômico moderno em que se busca, fundamentalmente, o crescimento econômico e garantias individualistas. De um lado temos a propriedade e de outro o meio ambiente. Assim, em nosso ordenamento jurídico, encontram-se esses direitos consecutivamente em situações de conflito. Desta forma, no presente capítulo, analisar-se-á jurisprudência que traz como método decisório a ponderação nos casos de colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à propriedade.

A decisão a ser analisada refere-se a uma Apelação Cível nº 0003816-74.2000.8.19.0037¹¹, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ). O acórdão diz respeito à Apelação Civil, com relatoria da Des. Marília de Castro Neves Vieira, de Ação Demolitória ajuizada pelo Instituto Estadual do Ambiente do Rio de Janeiro – INEA contra o Sr. Osvaldo Duarte Loureiro. O douto representante do INEA sustentou pela reforma da decisão no intento de determinar que a demandada procedesse com a recuperação da área de preservação permanente - APP, bem como pela demolição de toda e qualquer obra, inclusive a já existente, situadas nas margens do Rio Santo Antônio (Município de Nova Friburgo/RJ).

Após voto da relatora, a 20ª Câmara Cível decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

O acórdão versa sobre pedido de demolição de propriedade por construção irregular em APP, na encosta do Rio Santo Antônio. Há manifesto conflito entre o direito fundamental à propriedade e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tanto o é, que

¹¹ BRASIL. TJ/RJ, Apelação Cível nº 0003816-74.2000.8.19.0037. Relator(a): Des. Marília de Castro Neves Vieira, julgado em 31 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BB554A69268D44293>. Acesso em: 20 jul. 2017.

há, no discurso da relatora Des. Marília de Castro Neves Vieira, a conformação da colisão entre os direitos já citados.

Diante da colisão entre os direitos no caso concreto, é cabível a aplicação da técnica da ponderação, como meio de resolução do conflito. Como se exporá a seguir, a relatora, em sua decisão, considerou os aspectos jurídicos e fáticos do caso concreto, para realizar o devido sopesamento dos dois princípios colidentes. Apesar de a julgadora não atender, em sua fundamentação, às máximas parciais da adequação e da necessidade, considerou-se que a ponderação realizada, nesse caso, atendeu às etapas da técnica, quais sejam, a identificação dos enunciados normativos, que encontram-se em colisão, a apuração dos aspectos relevantes e sua repercussão para o caso e, por fim, sua decisão.

Além disso, a magistrada avaliou o grau de afetação de um dos princípios, que é a propriedade, a importância de satisfação do princípio colidente – o meio ambiente ecologicamente equilibrado, corroborando, ao final acerca da importância da satisfação do direito ao meio ambiente, o que justificaria as medidas restritivas à propriedade. Entretanto, antes de adentrar na análise específica da técnica da ponderação usada no aresto ora observado, imprescindível considerar as máximas parciais da proporcionalidade precedentes à ponderação, quais sejam: o teste da adequação e da necessidade da medida – demolição da propriedade em APP.

A adequação exige que o meio leve à realização de um fim específico, havendo uma relação empírica entre o meio e o fim. O aplicador vai se utilizar de um meio que colabore diretamente para a realização de forma gradual do fim. O teste da adequação permite observar se o meio é apto para fomentar o fim pretendido.

Neste caso, a demolição da propriedade em APP não era a opção mais adequada para proteger o meio ambiente, ou para recuperar a APP, isto porque todos os imóveis localizados na rua do imóvel em questão estão inseridos na APP (faixa marginal de proteção do Rio Santo Antônio). Isso ficou constatado na descrição de laudo pericial, confira:

Ademais, quando da construção do imóvel não havia qualquer óbice que ele ficasse posicionado às margens do Rio Santos Antônio, tanto que, como ressalta o laudo pericial, percebe-se que todos os imóveis situados na Rua Coronel Zamith, contíguos ao em discussão, se encontram dentro da faixa marginal do rio.

A medida de demolição do imóvel não conduziria a efetivação do fim que é a proteção ao meio ambiente no local e, por esse motivo, poderia ser considerada um meio inadequado a fomentar o direito fundamental ao meio ambiente. A demolição não recuperaria a mata ciliar já desbastada do local, nem resolveria a poluição do rio. Ao concluir pela inadequação da demolição, seria resolvido o *hard case*, ora avaliado, já no teste da adequação, porém, como a julgadora considerou a ponderação como metodologia decisória, seguir-se-á com análise das máximas parciais imediatas à adequação – necessidade e ponderação.

Acerca do teste da necessidade, pode-se dizer que ele exige que, dentre dois ou mais meios igualmente adequados, seja escolhido aquele que intervenha menos, ou seja, supondo que, no caso, a demolição fosse admitida como meio adequado para fomentar a defesa do meio ambiente, se conduziria para a análise da necessidade dessa medida.

Existiriam diversos outros meios igualmente adequados para promover o meio ambiente, mas que não interviessessem tão intensamente no direito fundamental à propriedade do requerido. Nessa perspectiva, em voto da relatora Des. Marília de Castro Neves Vieira, cita-se outro trecho do laudo pericial que afirma que a degradação ambiental no local, ou seja, a supressão de vegetação em APP é decorrente de diversas ocupações irregulares, e não somente pela construção do imóvel do requerido, ademais foi consignado na decisão que o próprio município fomentou a construção naquele local, tendo em vista que autorizou o projeto do imóvel.

Todos esses aspectos corroboram no sentido de não ser necessária a demolição do imóvel em análise, como forma de garantir a proteção da área de preservação permanente. Desse modo, poderia ser resolvido o caso já com o teste da necessidade. Contudo, não foi o que a julgadora praticou em seu voto, que partiu diretamente para o teste da ponderação e da justiça, a terceira máxima parcial da proporcionalidade. Ante tal verificação, analisar-se-á o uso da ponderação pelo julgador no aresto em questão.

Importante para essa pesquisa é a análise da ponderação usada no aresto, com base na lei do sopesamento, de Alexy, ou seja, a lei que refere que quanto maior for o grau de intervenção que sofre um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro.¹² O direito fundamental ao meio ambiente, por ser um direito metaindividual, gera direitos e deveres a toda a coletividade e ao Poder Público. O proprietário de um bem, também possui direitos e deveres que

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.

devem ser atendidos, com base nas dimensões da função social da propriedade: social, econômica e ambiental. Desse modo, muitos são os casos de conflitos entre esses dois direitos fundamentais.

O sopesamento realizado na jurisprudência, ora analisada, demonstra que a máxima parcial fora aplicada, como já exposto, sem o atendimento das máximas parciais antecessoras. Há uma relação de subsidiariedade nos testes parciais da proporcionalidade. A julgadora, no aresto, optou pela aplicação direta da ponderação, para solucionar a tensão entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito à propriedade.

O imóvel em questão já existe há mais de 20 (vinte) anos, tendo seu projeto sido autorizado pelo Município em 1978. Naquela época, o Código de Obras, que trata do zoneamento municipal, estabeleceu para a zona urbana, na divisão de bairros, o bairro residencial onde encontra-se inserida a Rua Coronel Zamith, com a permissão de ser ocupada por imóveis residenciais e comerciais, não sendo previsto nenhum afastamento específico das margens do Rio Santo Antônio. (...)

Assim, considerando que o próprio Município descumpriu a legislação, não se configura razoável o acolhimento do pleito recursal demolitório, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade, sobretudo ante a impossibilidade de remover a estrutura completa que se solidificou no local. Registre-se, que foi a própria edilidade que fomentou a ocupação do local, através do fornecimento de subsídios de urbanização (via pública, água, esgoto e iluminação pública).

A desembargadora usa as significâncias ponderação e permissão do município, e cita a “proporcionalidade”. Entende-se que tais significâncias utilizadas no aresto vão contra a prática do julgador, ao não proceder com a devida análise das três máximas parciais da proporcionalidade em sentido amplo. Impende ressaltar que, mais uma vez, depara-se com a confusão da “proporcionalidade” com a “razoabilidade” como sinônimos de sopesamento, o que somente confirma o equivocado uso da ponderação, com base na teoria dos princípios de Alexy (2008).

Entretanto, ante todas as considerações acima expostas, destaca-se que o relator, na sua decisão – ao “ponderar” o caso –, considerou todas as normas e situações fáticas relativas ao caso concreto. Com o exemplo disso, o mesmo pormenorizou a Lei do Zoneamento de Uso do Solo do Município de Nova Friburgo/RJ, além de considerar as imagens apresentadas pelo perito da área em questão. O discurso, nesse sentido, demonstra um atendimento à segunda etapa da ponderação, qual seja, da identificação dos fatos relevantes ao caso concreto.

A qualificação dos fatos relevantes foi realizada pela desembargadora ao citar, em sua decisão, importantes trechos do laudo pericial técnico sobre o caso, além de anexar o entendimento jurisprudencial sobre a aplicabilidade da proporcionalidade e da razoabilidade. A qualificação dos fatos relevantes foi realizada pelo desembargador ao citar, em sua decisão, importantes trechos do

laudo pericial técnico sobre o caso, além de anexar o entendimento jurisprudencial sobre a aplicabilidade da proporcionalidade e da razoabilidade.¹³

Diante de tais constatações, a relatora Des. Marília de Castro Neves Vieira decidiu pela prevalência do direito à propriedade, por entender que o grau de não satisfação do direito à propriedade, a restrição desse direito seria muito maior do que a importância da satisfação do direito fundamental ao meio ambiente – à preservação e recuperação da APP.

Desse modo, compreendeu-se que, no julgado, considerou-se que o grau de afetação do direito à propriedade, que seria intenso – com a demolição da propriedade –, não justificaria a importância da satisfação do direito fundamental ao meio ambiente, no caso em análise.

CONCLUSÃO

Quando abordamos o assunto meio ambiente, encontramos várias doutrinas que tentam explicar o que seja este instituto e qual a sua força normativa na sociedade. Devido a nossa Constituição Federal garantir no artigo 225 um meio ambiente equilibrado, bem de uso comum de todos e para a sadia qualidade de vida, como forma de direitos fundamentais da pessoa humana, a Carta Magna também dispõe no seu artigo 5º, XXII, que todos nós temos direito a propriedade. Todavia para determinarmos tais garantias é que se faz presente no artigo o conceito de cada um destes direitos.

No direito de propriedade estudamos o seu conceito e a sua função social. A propriedade consiste no direito que o proprietário tem de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem das mãos de quem a detenha, mas para tanto deve respeitar a função social que com base no artigo 39 do Estatuto da Cidade é cumprida quando as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.

O direito de propriedade e o direito ao meio ambiente são direitos que se completam em relação às propriedades urbanas e rurais. Eles coexistem em harmonia, devendo ser aplicados de maneira proporcional e sempre visando o interesse maior que é a coletividade.

A existência da propriedade privada e sua proteção, depende do cumprimento da sua função social, o que se dá, entre outros requisitos, com a vigilância e especial cuidado com o meio

¹³ BRASIL. TJ/RJ, Apelação Cível nº 0003816-74.2000.8.19.0037. Relator(a): Des. Marília de Castro Neves, julgado em 31 de agosto de 2016, p. 05-08.

ambiente, posto que a propriedade em si não possui um direito absoluto.

O Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.527/2001), também, compactua com a proteção com o equilíbrio ambiental da propriedade urbana, estabelecendo normas de ordem pública e interesse social pelo bem da coletividade.

Ademais, o bem maior que podemos deixar, também, é a consciência de que cada um de nós precisa colaborar para mudar essa triste realidade que vemos todos os dias em prol de uma vida sadia para todos.

Assim ao concluir este trabalho, percebeu-se a importância de se conhecer de forma solidificada as bases do nosso direito, os seus princípios, as suas leis fundamentais, seus entendimentos fundamentais. Também é nítido que estes fundamentos são totalmente essenciais para que a vida em sociedade esteja cada vez mais solidificada.

Buscar a proporcionalidade ao confrontar, não só, por exemplo, os princípios inerentes à propriedade e ao meio ambiente, mas qualquer direito fundamental se faz extremamente importante, pois o direito é moderno, o direito é atual a não se pode mais trabalhar com conceitos “engessados”, simplesmente usando a lei ao caso concreto sem qualquer tipo de exame, é preciso a análise de cada caso, para assim utilizar o direito necessário àquela ocasião de forma eficiente e justa, pois é certo que nenhum princípio ou fundamento há de sobrepor-se a outro, muito pelo contrário, fundamental é tirar o essencial de cada um quando da análise de determinada situação, principalmente quando parece que os dois, ou mais, princípios conflitantes têm razão.

Portanto o princípio da proporcionalidade e da ponderação se faz suficientemente eficiente para alcançar o equilíbrio nas relações jurídicas para assim manter a sociedade em equilíbrio, visando prevenir litígios, minimizar ações, resolver conflitos para que assim se pondere as decisões e se mantenha na mais perfeita paz a unidade Constitucional da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BENJAMIM, Herman Antônio. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: CANOTILHO, J. Joaquim Gomes, LEITE; José Rubens Morato (Orgs). *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo. Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 31 maio 2017.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 31 maio 2017.

_____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em 01 de jun. 2017.

_____. TJ/RJ, Apelação Cível nº 0003816-74.2000.8.19.0037. Relator(a): Des. Marília de Castro Neves, julgado em 31 de agosto de 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2001.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 8ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.