

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA DIFÍCIL ESCOLHA ENTRE A PROPRIEDADE, A MORADIA E O MEIO AMBIENTE¹

COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A DIFFICULT CHOICE BETWEEN PROPERTY, HOUSING AND ENVIRONMENT

Marcos d'Avila Scherer²

Resumo

O direito de propriedade como expressão dos direitos naturais do homem. A conceituação e evolução dos direitos fundamentais e a consagração dos direitos transindividuais. O direito à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Hipóteses de colisão entre os direitos de propriedade, moradia e meio ambiente. A postura do Estado frente a tal choque de interesses. Prevalência histórico-cultural da propriedade frente aos demais, especialmente quando confrontada com o direito à moradia. Colisão cuja solução depende do caso concreto, como quaisquer hipóteses de choques de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Propriedade. Moradia. Meio-ambiente. Direitos fundamentais. Colisão.

Abstract

Property right as an expression of man's natural rights. The conceptualization and development of fundamental rights and the consecration of collective rights. The right to housing and to an ecologically balanced environment. Collisions between property rights, housing and environment. The state's attitude towards such a clash of interests. Historical-cultural prevalence of property over others, especially when faced with the right to housing. Collision whose solution depends on the individual case, as any sort of fundamental rights collision.

Keywords: Property. Housing. Environment. Fundamental rights. Collision.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceitos de Direitos Fundamentais. 3. Colisão de Direitos Fundamentais. 4. Propriedade, moradia e meio ambiente: uma tensão permanente. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito de propriedade revela-se como uma das primeiras expressões dos direitos naturais do homem. A defesa e reconhecimento da propriedade privada foi o

¹ Artigo submetido em 15/01/2015, pareceres de análise em 05/02/2015, 20/05/2015 e 29/01/2016, aprovação comunicada em 30/01/2016.

² Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: <mdscherer@tjsc.jus.br>.

sustentáculo para a formação do Estado Nacional, seja no período absolutista, onde encontrava limitações em razão do poder supremo do Rei, mas principalmente no liberalismo político, para que o indivíduo pudesse exercer livremente suas potencialidades. Sobre o tema, aduzem Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2006, p. 90):

Embora defina a propriedade como conceito que engloba a vida, a liberdade e os bens, Locke acaba por centrar na propriedade de bens a maior relevância. A propriedade sobre bens passa a ser reputada uma extensão da personalidade do sujeito: aquilo que o homem constrói ou retira da natureza por meio do seu trabalho – que também é de sua propriedade, uma vez que o sujeito é proprietário do seu corpo – passa a integrar sua propriedade.

No mesmo sentido, afirma Luiz Fernando Coelho (2003, p. 363),

ao essencializar-se a propriedade como expressão ôntica do homem, ela deixa de constituir um direito político, uma dádiva do Estado e uma consequência da lei, para configurar um prius, um direito natural que se impõe à sociedade política.

A importância histórica da propriedade na evolução do Estado Nacional é tal que, ao analisar a obra de Hobbes, Renato Janine Ribeiro (2004, p. 75-76) sustenta:

E aqui podemos entender porque Hobbes é, com Maquiavel e em certa medida Rousseau, um dos pensadores mais “malditos” da história da filosofia política – pois, no século XVII, o termo “hobbista” é quase tão ofensivo quanto “maquiavélico”. Não é só porque apresenta o Estado como monstruoso, e o homem como belicoso, rompendo com a confortadora imagem aristotélica do bom governante (comparado a um pai) e do indivíduo de boa natureza. Não é só porque subordina a religião ao poder político. Mas é, também, porque nega um direito natural ou sagrado do indivíduo à sua propriedade.

Mas a garantia de abstenção quanto à interferência na propriedade privada não se mostrou suficiente às aspirações humanas pelo ideário de justiça, passando-se a exigir do Estado ações positivas no sentido de garantir a posse e propriedade da terra àqueles que dela necessitavam. Não se quer dizer que ações necessárias para garantir a propriedade, em um primeiro momento, prescindissem de atos materiais e grande dispêndio de recursos. Da lição de Flávio Galdino (2005, p. 227), extrai-se:

O mesmo direito de propriedade, em sua face pública, impõe ao Estado uma série de deveres positivos, que permitem a criação e manutenção do

direito, como seja a proteção daquele direito em face do próprio Estado e dos demais particulares. Saltam aos olhos as fortes cores da inadequação dos esquemas formulados a partir de categorias privatísticas. De fato, é preciso concordar com SUSTEIN e HOLMES, para afirmar que na esfera pública inexistente puro non facere. Todos os direitos subjetivos públicos são positivos.

Ocorre que, neste segundo momento, tomada apenas uma visão cronológica, o chamado Estado Social tem como uns de seus objetivos a justa ocupação da terra. Da já desgastada e pouco precisa classificação dos direitos humanos, passava-se da primeira geração à segunda, consubstanciada pelas novas Constituições do século XX³, na esteira de Paulo Bonavides (2008, p. 232):

Quando as Constituições do Liberalismo, ao construírem um Estado de Direito sobre bases normativas, pareciam haver resolvido a contento, durante o século XIX, esse desafio, eis que as exigências sociais e os imperativos econômicos, configurativos de uma nova dimensão da Sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos. As antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram então criar-se ao redor de si o clima da programaticidade com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX: inaugurava-se assim a segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições.

Seguindo a linha histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, a qual, reafirma-se, representa mais esforço teórico de sistematização do que efetiva teoria de base científica, especialmente porque não se pode mensurar evolutivamente tais direitos, chega-se à terceira geração dos direitos fundamentais, versando esta sobre os direitos transindividuais, dentre os quais a proteção ao meio ambiente.

Um aspecto central da instituição do Meio Ambiente preservado como direito fundamental é ser esta condição essencial da própria existência humana e da construção de uma Sociedade mais democrática e solidária. BACHELET expõe que, “nesta ótica, o direito do ambiente torna-se fundamental, pois condiciona o direito à existência; que existe um dever e um direito de agir em matéria ecológica e que eles se assemelham ao direito de agir em matéria humanitária. Daí a dizer que o ambiente é um novo exercício da democracia, não vai mais que um passo(...)” (CAVEDON, 2003, p. 90-91).

A partir dessa breve exposição acima, percebe-se, já, a importância de um possível confronto entre os direitos fundamentais mencionados. Não é difícil imaginar situações cotidianas em que o direito de propriedade se contraponha à

³ E ainda da Constituição Brasileira de 1988 (art. 182, § 4º, III e art. 184).

habitação; que o meio ambiente reclame atuação frente à propriedade ou à moradia, dentre outras.

2 CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A conceituação do direito fundamental não é tarefa simples, porquanto dependente da adoção de critérios teóricos dos mais variados. Todavia, constitui etapa necessária ao estudo ora em andamento, não se podendo adentrar na esfera da colisão de direitos sem antes saber do que se tratam.

Para tanto, a partir da mais abalizada doutrina, colacionam-se importantes e nem sempre coincidentes lições acerca da definição dos direitos fundamentais. Nesse sentido, pode-se ressaltar do magistério de Jorge Miranda, *verbis*:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material⁴.

Segundo Gilmar Mendes (2004, p. 2)

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias

⁴ Sobre o tema, prossegue o renomado Professor: “Na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar. (...) Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente, trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). Ora, sendo assim, só muito difícil, senão impossivelmente, poderá julgar-se que tal concepção, tal idéia ou tal sentimento não assente num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto. O que significa que, ao cabo e ao resto, poderá encontrar-se, na generalidade dos casos, com maior ou menos autenticidade, a proclamação de direitos postulados pelo direito natural – para quem o acolha – e de vocação comum a todos os povos.” (MIRANDA, 2012, p. 9, 12-13).

individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Para o J. J. Gomes Canotilho (2012, p. 377)

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*).

Por fim, ao analisar e diferenciar os conceitos de direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos, pondera Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 40) que

No que concerne ao tópico em exame, há que atentar para o fato de não existir uma identidade necessária – no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições, e isso pelo fato de quem por vezes o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar – ressalvadas algumas exceções – bem além, como é o caso da nossa atual Constituição. Da mesma forma, não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais, ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados na esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Percebe-se, pois, que apesar da discrepância dos conceitos apresentados, todos reconhecem na incorporação de determinado direito pela Constituição umas das características especiais para reputá-lo fundamental.

Sem tal constitucionalização, tratar-se-ia de direito natural, direitos humanos ou qualquer outra designação que se pretenda conferir, mas não direito fundamental.

Acrescente-se, apenas, que não basta constar o direito de um texto constitucional, sendo mister que este trate de garantir direitos essenciais à dignidade do ser humano para, só assim, ser verdadeiramente fundamental.

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ocorrência de choque entre direitos fundamentais não é novidade, tendo merecido grande atenção da doutrina e dos tribunais pátrios. Não se pretende aqui esmiuçar as diversas teorias acerca do tema, lançando-se mão, tão somente, de suas principais ideias, no sentido de se traçar um caminho para o necessário enfrentamento da questão acima lançada.

O grande desafio em se buscar uma solução para o possível confronto entre direitos fundamentais está na dificuldade de se estabelecer premissas teóricas que sejam válidas para a multiplicidade de situações a serem enfrentadas.

São corriqueiros os casos em que o direito, por exemplo, à liberdade de expressão viola, aparentemente, a intimidade de outrem. Tais situações costumam ser resolvidas adotando-se critérios dos mais variados, parecendo depender, na praxe cotidiana, dos valores adotados pelo intérprete.

Contudo, tal conflito, a nosso sentir, somente pode ter solução verdadeiramente válida com suporte na dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana encontra expressa disposição no artigo primeiro, inciso III, da Constituição da República de 1988, que o elenca como um dos seus fundamentos⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (BARROSO, 2010, p. 253)

Inicialmente, parece que o emprego da expressão “pessoa humana”, cuja redundância salta aos olhos, denota a intenção do legislador constituinte de enfatizar

⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;”

a condição humana dos cidadãos brasileiros, e, conseqüentemente, a importância que se deve dispensar às questões que lhe sejam afetas, em maior peso do que aquelas não diretamente relacionadas a tal condição.

Vale isto dizer que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana faz-se influente por todos os campos do ordenamento jurídico, ante a óbvia inter-relação entre o homem e o Direito. E mais, a dignidade da pessoa eleva o homem à condição de fim último de concretização do Direito.

A dignidade da pessoa humana pode ser concebida sob a dúplici dimensão de princípio e de valor. Em virtude dessa dimensão axiológica, pode-se afirmar que, no momento da concretização normativa, quando da realização da hierarquização de valores que constitui toda e qualquer interpretação sistemática, haverá uma prevalência do valor dignidade sobre os demais. Desse modo a dignidade como princípio será prevalente no momento da concretização normativa e da ponderação de princípios (FACHIN; RUZYK, 2011, p. 307).

Apesar de a dupla titulação da dignidade como valor e princípio gerar alguma perplexidade entre os estudiosos⁶, a nosso sentir, tal condição significa afirmar, tão somente, a sua supremacia sobre os demais princípios fundamentais, objetivados ou não, impondo-se no momento de eventual colisão de princípios.

Quando se pensa em dignidade humana e meio ambiente, ainda maiores controvérsias podem surgir, tendo em conta a constante tensão existente entre os interesses (econômicos) do homem, de um lado, e do meio ambiente, de outro.

Com el recurso a la dignidad humana, se trata de interpretar em clave personalista el significado de la <<calidad de vida>> y, por onde, del Derecho medioambiental. Esto significa que la tensión entre el progreso

⁶ “Verifica-se, com alguma freqüência, o emprego dos termos “valor” e “princípio” em diferentes contextos com o mesmo significado, mas – em observância aos ensinamentos de Robert Alexy – efetivamente a significação dos dois termos é distinta. Os princípios, ao traduzirem “mandados de otimização”, têm caráter deontológico, relacionando-se ao “dever-ser”, ao passo que os valores se situam na dimensão axiológica, ou seja, do que efetivamente “é” de acordo com um juízo do bom e do mau: “diante dessa distinção, Alexy propõe que, pelo fato de o Direito tratar do que “é devido”, deve-se adotar – na esfera jurídica – um modelo de princípios, ao invés de um modelo calcado em valores.” Nesse sentido, Alexy conclui que a dignidade da pessoa humana consiste num princípio jurídico, dando ênfase ao seu caráter normativo e deontológico. Tem-se, no entanto, a posição de outro alemão, Gunter Durig, que considerava que a legitimidade da Constituição se fundamentava em valores “objetivos”, razão pela qual assentou que a dignidade da pessoa humana era um “valor” preexistente ao direito. Outro critério distintivo entre valor e princípio foi apresentado por Claus-Wilhelm Canaris: “o princípio está num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e conseqüência jurídica.” (GAMA, 2011, p. 258-259)

industrial y la preservación del medio há de resolverse em atención a la *calidad de vida* de la persona, la cual no puede subordinarse, dada su superior dignidad, ni a la industria ni a la naturaleza. Ahora bien, si la dignidad sirve como parâmetro interpretativo de la *calidad de vida*, no se puede decir lo mismo, sin embargo, a la inversa, puesto que el concepto de dignidad humana apela – em sus más diversos contextos de fundamentación – a uma vida superior a la biológica, que ES a lo que se refiere primariamente el art. 45 CE. Si concebimos la dignidad como um simple *mandato de fomento* de la calidad de vida, estaríamos desvinculando el concepto de dignidad humana del concepto de ser humano para identificarlo con um bien todavía penúltimo: la *calidad de vida* (biológica, esto es, *bios*, no zoé). Explicar la *dignidad humana* a partir de la *calidad de vida* es comprenderla funcionalmente y el concepto de dignidad es um concepto ontológico-fundamental. Las condiciones precárias de la vida, aunque em ocasiones atentan ciertamente contra las exigências de la dignidad del ser humano, no destruyen esa dignidad, que no puede medirse simplemente com critérios de calidad externos. Incluso em las situaciones de máximo desamparo - inválido, pobre, enfermo -, el ser humano sigue siendo um in em si y merece, por lo tanto, incondicional respeto y estimación (YARZA, 2012, p. 19-20).

Importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana, princípio/valor da mais ampla abrangência e vetor maior de interpretação previsto pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme acima exposto, precisa ser tomando em seus verdadeiros termos também na questão da proteção ambiental e do direito à moradia.

Afinal, de que modo se pode conferir tratamento digno a alguém que, desprovido de recursos, leva à termo um processo de ocupação irregular da terra, muitas vezes desconsiderando não só o direito privado de terceiros mas também o direito ao meio ambiente equilibrado?

Certamente não há fórmula para tal desiderato. Uma análise profunda e comprometida com a melhor solução dos interesses em jogo somente será satisfatória se fizer prevalecer o direito que se revele de maior peso na disputa, sem ideias ou soluções preconcebidas.

4 PROPRIEDADE, MORADIA E MEIO AMBIENTE: UMA TENSÃO PERMANENTE

Dentre as inúmeras possibilidades de colisão de direitos fundamentais, nenhuma outra talvez se mostre mais delicada e de difícil solução do que entre os direitos de propriedade, de moradia e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isso porque a enorme concentração de terras em mãos de poucos foi, desde a formação da sociedade brasileira, umas de suas maiores marcas, acarretando a

formação de um imenso contingente de pessoas sem local para habitar. Configurada está, há muito, a tensão entre o direito de propriedade e o direito à moradia.

Por outro lado, a voraz especulação imobiliária cada vez mais presente nos centros urbanos, assim como a expansão da atividade agroindustrial no meio rural, tem como óbice crescente a legislação tutelar ambiental. O direito de moradia igualmente confronta diuturnamente o meio ambiente, não sendo raras as situações de ocupação irregular do solo mediante intensa degradação ambiental.

Nesse sentido, não se tem como afirmar, *a priori*, que a propriedade, por exemplo, terá maior peso que o direito à moradia na hipótese de se configurar um conflito. Da mesma forma, o meio ambiente nem sempre prevalecerá quando confrontado por outro direito. A solução, como em quase em todos os campos do Direito, dependerá do caso concreto.

Indispensável dizer que a dignidade da pessoa humana, ao contrário do que inicialmente se possa imaginar, não penderá sempre em favor do direito à moradia. O meio ambiente constitui direito de crucial importância à sobrevivência dos homens, das presentes e futuras gerações⁷, e, por isso, poderá prevalecer sobre a moradia, por mais necessário e justo que se apresente este direito fundamental.

Desse modo, pode-se observar que, no contexto da ordem constitucional brasileira, e nos termos da orientação definida pelo STF, o meio ambiente é patrimônio público, não porque pertence ao Poder Público, mas porque a sua proteção (objetivo que é expressamente considerado pelo texto constitucional, na condição de dever de todos, compartilhado entre os Poderes Públicos e toda a sociedade) interessa à coletividade, e se faz em benefício das presentes e futuras gerações, sendo essa a qualidade do bem ambiental protegida pela Constituição (AYALA, 2002, p. 420).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser valorado em possível confronto entre os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente equilibrado, aliando-se àquele que, na prática, tutele de forma mais profunda e eficaz a vida humana, individualmente ou coletivamente considerada.

Apesar disso, o que se depreende da ação estatal, seja no âmbito da Administração Pública ou mesmo do Poder Judiciário, diuturnamente, é o emprego de valores preconcebidos e muitas vezes desprovidos de fundamento verdadeiramente válido no trato dos conflitos entre tais direitos.

⁷ Art. 225, CRFB/1988.

É o que se depreende das ações de reintegração de posse, especialmente de áreas ocupadas por grupos de pessoas carentes, chamados invasores. Estabelecido o confronto entre o direito de propriedade e o direito de moradia, o Poder Judiciário tem invariavelmente feito valer o primeiro, concedendo ordens liminares de reintegração, muitas vezes sem sequer ouvir as partes envolvidas, nos termos da lei⁸.

O direito de propriedade ainda tem apresentado um enorme peso neste confronto. Mesmo nas hipóteses em que se busca uma solução consensual, o que tem sido verdadeiramente incentivado em todas as esferas judiciais, o que se percebe é a sua contumaz defesa, chancelando-se uma negociação sobre prazos e formas de desocupação pelos invasores, em troca de promessas de acesso à moradia, sempre a depender da atuação discricionária do Estado.

Não se quer com isto dizer que o direito de propriedade deva ceder espaço à moradia nos casos, por exemplo, de vastas áreas de ocupação irregular. Tal posição por certo representaria um forte estímulo à ocupação clandestina de terras, subvertendo o Estado de Direito.

Mas a ponderação entre estes direitos há de ser feita. Situações há, por certo, em que a moradia de um sem número de pessoas se revele de muito maior interesse social do que a garantia do direito de propriedade do proprietário esbulhado.

O direito à moradia poderá prevalecer, ainda, mesmo em desacordo com as normas protetoras do meio ambiente, desde que se conclua, no caso, que a manutenção das pessoas no local supostamente degradado se mostre de maior relevo do que a proteção ambiental, sempre atentando-se, mais uma vez, para a dignidade humana. É o que se depreende do julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁹ a seguir, que por sua lapidar lição de ponderação dos princípios em análise, passo à parcial transcrição, *verbis*:

Assim, mesmo verificando a possibilidade de real impacto ambiental e considerando que a área em análise deveria de fato ser preservada,

⁸ Art. 928 do Código de Processo Civil brasileiro.

⁹ V. TJSC, Apelação Cível n. 2012.030404-6, da Capital, Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, in <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2012.030404-6&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAAGjv8AAAY&categoria=acordao>.

conforme as diretrizes delineadas pelo próprio Município, há de se atentar que incumbe a este, e não ao Poder Judiciário, tomar as providências necessárias de regularização da maciça ocupação desordenada na região da Praia do Santinho.

Ressalte-se não se tratar de residências esparsas construídas irregularmente. São centenas de casas que se ergueram na região ao alvedrio da população e sem qualquer fiscalização por parte do Município, o que é inconcebível. Ainda mais considerando que o Imposto Predial Territorial Urbano é exigido de todos os moradores, apesar de estes terem construído suas residências em área non aedificandi".

Tais tais circunstâncias são suficientes para não ensejar a aplicação do princípio do in dubio pro natura, que, por sua vez, deve ser sopesado com o direito à moradia, já que não existe direito fundamental absoluto, restando inviável, assim, a condenação do réu na demolição da casa e na apresentação e execução de projeto de recuperação da área degradada.

Conclui-se, portanto, que a hipótese apresentada nos autos não acomoda a aplicação das restrições ambientais apregoados pelo Código Florestal, conforme entendem as Câmaras de Direito Público desta Corte, as quais têm decidido no sentido de afastar a incidência deste norma em zonas antropizadas, como é o caso:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL - CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO AFASTADO MAIS DE 15 METROS DE CÓRREGO CANALIZADO - DISTÂNCIA DE RECUO EXIGIDA PELO CÓDIGO FLORESTAL (LEI N. 4.771/65) - ÁREA 'NON AEDIFICANDI' - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - REGIÃO TODA POVOADA - AUSÊNCIA DE MATA CILIAR - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE ANULOU O AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL.

Considerada a antinomia reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d'água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.018672-3, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 25-11-2010)." (TJSC, Apelação Cível n. 2012.030404-6, da Capital, Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto)

Da leitura do julgado acima, constata-se claramente a opção do julgador pelo direito à moradia em desfavor da proteção do meio ambiente. Importante frisar que tal conclusão somente se mostra válida na análise do caso concreto, não se prestado a servir de regra a situações análogas.

Não se pode perder vista, portanto, a relatividade dos direitos fundamentais e a dignidade humana como vetor interpretativo em caso de colisão destes direitos. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma invencível disputa entre direitos amplamente legítimos e defensáveis, cuja solução seria impossível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente arrazoado, longe de buscar percorrer a vasta teoria acerca dos direitos fundamentais, teve como mote enfatizar a relatividade dos direitos fundamentais, elegendo, para tanto, a relação e os possíveis conflitos entre os direitos de propriedade, de moradia e de proteção ao meio ambiente.

Afirmar que os direitos fundamentais, como, aliás, todos os demais direitos, não são absolutos, é uma afirmação cada vez mais comum, notadamente no meio acadêmico. Mas o trato destes direitos no dia a dia, especialmente pelas mãos do Estado, parece não acompanhar esta tendência, ao menos na extensão devida.

É que, invariavelmente, a proteção ao direito de propriedade, direito fundamental dos mais clássicos, tem sido levada a cabo inobstante a existência de outros direitos em jogo, de igual ou maior relevo diante do caso concreto.

Mesmo a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental das atuais e futuras gerações, não pode ser erigido à tal condição primordial, como se demonstrou em julgado do Tribunal Catarinense acima transcrito.

Percebe-se que a essencialidade de um meio ambiente preservado não pode se impor a qualquer custo, não obstante o seu imensurável valor para a vida humana. É que de igual importância, ou eventualmente até maior, é a necessidade, por exemplo, de moradia, sem a qual não tem o homem condições de sobreviver.

Em suma, como antecipado, a escolha é muito difícil. Escolher entre a propriedade, a moradia e o meio ambiente, quando estes direitos se contraponham, constitui árdua missão, somente passível de êxito por meio da busca da preservação da vida humana de forma digna, o que, naturalmente, só se poderá perquirir diante do caso concreto.

O que se pretende, assim, é transpor a relatividade dos direitos fundamentais da teoria à prática, fazendo valer efetivamente aquele que se coadune com a maior garantia da dignidade humana na hipótese de colisão.

6 REFERÊNCIAS

- AYALA, Patryck de Araújo. O novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 11. reimp. Almedina. 2012.
- CAVEDON, Fernando de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FACHIN, Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos Fundamentais, dignidade da pessoal humana e o novo Código Civil. Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Dignidade Humana** (no Biodireito). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio, organizadores; TORRES, Sílvia Faber (supervisora). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 258-259
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V.1 - A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 1º vol, 13. ed. São Paulo: Ática, 2004.
- YARZA, Fernando Simón. **Medio Ambiente y Derechos Fundamentales**. Madri: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, 2012.