

PARECER JURÍDICO

ASSUNTO: Construção de habitação popular em Zonas Especiais de Interesse Social e área de preservação permanente: Compatibilização entre o Art. 4º, IV, “f”, da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e o Art. 2º, “d”, da Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal). Compatibilização dos Direitos Fundamentais: Direito à moradia – Art. 6º, “caput”, da CF/88 e o Art. 225, “caput”, da CF/88. O Município na Constituição Federal de 1988, integrante do Pacto Federativo. Política de desenvolvimento urbano e Poder Público Municipal: Art. 182, “caput: da CF/88.

INTERESSADO: PROGRAMA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DE SÃO LUIS DO PARAITINGA – UNESP.

Trata-se de consulta formulada pela Coordenação do Programa para o Desenvolvimento Sustentável do São Luis do Paraitinga – UNESP/SP, com o fim de esclarecer questões referentes à Construção de Habitações para população de baixa renda atingida por enchentes no município de São Luis do Paraitinga, especificamente sobre os seguintes quesitos:

1º. Pode a Prefeitura Municipal utilizar de Lotes Adquiridos em Loteamento Urbano em Zonas Especiais de Interesse Público em Topo de Morro para construir habitações para população de baixa renda atingida por catástrofe natural?

2º. Topo de Morro é Área de Preservação Permanente?

3º. Quais as conseqüências jurídicas para a Prefeitura e para a Autoridade Executiva Municipal, caso ocorra construção das habitações populares na área dos lotes localizados no topo de Morro?

4º. No conflito entre o caráter social emergencial da construção de habitações populares para a população de baixa renda atingida pela catástrofe natural e os aspectos da proteção das Áreas de Preservação Permanente, quem prevalecerá?

5º. Na hipótese de não ser possível a Construção das habitações populares nos lotes localizados no topo de morro, poderá a administração pública municipal decretar a desapropriação para fins de interesse social de outra área localizada em ZEIS com a finalidade de construir as habitações populares para a população de baixa renda atingida pelas enchentes e, depositar o valor da desapropriação “*a posteriori*”?

RELATÓRIO

1. Explicações Preliminares e Fundamentação

As questões apresentadas necessitam de acuidade e reflexão mais detalhada para serem respondidas. Isto porque o que está em discussão não é simplesmente o aparente conflito entre duas Leis Ordinárias. É muito mais do que isso, a questão circunscreve-se na compatibilização de dois direitos fundamentais: Direito à moradia, previsto no art. 6º, “caput”, CF/88 e o Direito ao meio ambiente, previsto no art. 225, “caput”, CF/88.

A Constituição Federal é o documento político, jurídico e social mais importante de um povo, representa o espírito do povo. A Constituição é viva, é real; e exprime valores essenciais desse

povo, estabelecendo fundamentos valorativos e finalísticos para a organização daquele povo na sociedade que ele forma.

Além disso, é importante frisar que a Constituição não contém palavras vazias, sem sentido ou significado. Tudo que o legislador constituinte originário inseriu na Constituição é dotado de efetividade e eficácia. Entretanto, é função do Direito concretizar no mundo real o sentido das normas constitucionais, de maneira a corresponder satisfatoriamente as prementes e fundamentais exigências do meio social que tão rapidamente se altera e se transmuta.

É por isso que, para compatibilizar o direito a moradia e o direito ao meio ambiente, que buscaremos na própria Constituição a forma pela qual será possível solucionar a aparente dicotomia que nos foi apresentada.

1.1. O DIREITO À MORADIA

Os direitos fundamentais (ou direitos humanos, ou direitos do homem), são aqueles direitos que receberam tratamento especial da Constituição, elevados ao grau máximo de garantia ou de segurança, e somente poderão ser relativizados em casos excepcionais e permitidos constitucionalmente, em face de outro direito fundamental. Portanto, é a própria Constituição que limita e controla os direitos fundamentais, principalmente no que tange a extensão e conteúdo de sua aplicabilidade.

A doutrina classifica os direitos fundamentais: direitos da primeira geração (ou primeira dimensão) – direitos da segunda geração (ou segunda dimensão) – direitos da terceira geração (ou terceira dimensão) – direitos da quarta geração (ou quarta dimensão) e – direitos da quinta geração (ou quinta dimensão).

O direito a moradia encontra-se inserido entre os direitos sociais. E, é um direito de segunda geração, pois exige do Estado determinadas prestações materiais, cujo conteúdo nuclear traz como referência imediata a concretização do princípio da dignidade humana.

A CF/88 prevê o direito a moradia no art. 6º, “*caput*”: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifo nosso).

A Constituição também estabelece a competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, conforme prescreve o art. 23, IX.

Portanto, o direito à moradia é direito constitucional, não podendo o Estado furtar-se à sua prestação.

Além disso, o direito à moradia tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, dando concretude aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, em busca de erradicar a pobreza¹.

¹ O Ministério das Cidades estima que existam mais de 13 milhões de domicílios no Brasil em situação irregular, sem registro, sem projeto urbanístico e sem acesso a serviços básicos como água tratada, saneamento, coleta de lixo e/ou fornecimento de luz, como ocorre em favelas, assentamentos informais, cortiços e conjuntos habitacionais não regularizados.

Para garantir que o direito à moradia tivesse eficácia e efetividade, a Constituição Federal de 1988, volta a se reportar a esses direitos no art. 181, no capítulo sobre Política Urbana, atribuindo ao Poder Público Municipal competência para a execução das políticas de desenvolvimento urbano, devendo ser observada as diretrizes gerais fixadas em lei, que é o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, aprovada em 10 de dezembro de 1948, reconhece o direito à moradia adequada como um direito universal. Desde então, vários tratados internacionais reafirmaram que os Estados têm a obrigação de promover e proteger este direito. Atualmente, existem mais de 12 textos diferentes da ONU que reconhecem o direito à moradia².

1.2. DIREITO AO MEIO AMBIENTE

O direito ao meio ambiente está inserido entre os direitos de terceira geração, que são aqueles direitos que abarcam a idéia de humanismo e universalidade, e têm por destinatário o próprio gênero humano, cujas raízes se encontram nos princípios da fraternidade e da solidariedade entre toda a humanidade.

O Direito ao Meio ambiente é assegurado no art. 255, “*caput*”, parágrafos 1º a 6º; art. 170, VI; art. 216, “*caput*”, V, da CF/88.

É importante frisar, que há outras referências ao meio ambiente, implicitamente previstas na constituição, tais como: competência da União para instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de recursos hídricos e os critérios do direito de outorga de seu uso (art. 21, XIX); competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico (art. 21, XX); competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para: proteger os monumentos, as paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos (art. 23, III), o meio ambiente e combater a poluição (art. 23, VI), preservar as florestas, a fauna e a flora ((art. VII), entre outras.

²Vejam alguns desses textos:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

Artigo 25, parágrafo 1º Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)

Artigo 17, parágrafo 1º Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.

Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC)

Artigo 11, parágrafo 1º Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Comentário Geral No. 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Interpreta o artigo 11.1 do PIDESC e enumera os aspectos do direito à moradia adequada.

Portanto, o direito ao meio ambiente é protegido e assegurado constitucionalmente.

Além disso, o Brasil é signatário de vários tratados internacionais que tratam sobre o meio ambiente, entre eles: A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Convenção sobre Diversidade Biológica (1992 – Decreto n. 2.519/1998), Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992 – Decreto n. 2.652/1998), Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica (2000 – Decreto n. 5.705/2006), Protocolo de Quito à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1997 – Decreto n. 5.445/2005), Tratado da Antártida (1959 – Decreto n. 75.963/1975), Protocolo ao Tratado da Antártida sobre Proteção ao Meio Ambiente (1991 – Decreto n. 2.742/1998), entre outros.

1.3. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O DIREITO À MORADIA E AO MEIO AMBIENTE

No caso específico, têm-se dois direitos fundamentais constitucionalmente protegidos: o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, que necessitam ser compatibilizados, posto que, aparentemente se encontram em colisão.

Para solucionar questões envolvendo colisão de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal entende que deve ser considerado o caso em concreto, pois em uma situação poderá prevalecer um direito fundamental (p.ex. o direito à moradia) e, em outra situação poderá prevalecer o outro direito fundamental (p. ex. o direito ao meio ambiente).

Além disso, deve se buscar na própria Constituição a solução para a questão apresentada. Daí, que se deve ler atentamente o art. 225, §1º, inc. III, da CF/88, que dispõe:

Art.225. 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.

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através **de lei**, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (grifo nosso).

Portanto, o que se percebe pela leitura do texto constitucional, é que há ressalva no que diz respeito à alteração ou supressão de espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos, remetendo à lei ordinária a regulamentação da matéria.

A matéria foi regulamentada pela Lei n° 4.771/1965 – Código Florestal, no art. 4º (alterado pela Medida Provisória n. 2.166-67), §§1º a 4º (acrescentados pela Medida Provisória n. 2.166-67), **que permite a supressão de vegetação em área de preservação permanente, somente nos casos de utilidade pública ou de interesse social, desde que devidamente motivados em**

procedimentos administrativos próprio, e desde que inexista alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto³.

A supressão de vegetação em área de preservação permanente dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente. Sendo que, quando couber, deverá também ter anuência prévia do órgão federal ou municipal do meio ambiente.

Os casos que envolverem supressão de vegetação em área de preservação permanente que estejam situadas em área urbana se faz necessária a autorização do órgão ambiental municipal, desde que o município preencha os seguintes requisitos: possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor; sendo necessária a prévia anuência do órgão ambiental estadual competente fundamentado em parecer técnico.

É importante observar que o art. 3º, §3º, do Código Florestal, admite a supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente, somente quando houver prévia autorização do Poder Executivo Federal, desde que necessárias para a execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

Além disso, é importante observar que para ser conferida a supressão de vegetação em APP, o gestor ambiental também deverá respeitar os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e todos os demais princípios que regem o Direito Administrativo.

A questão foi regulamentada pela Resolução Conama 369/2006, que define os casos excepcionais em que o órgão ambiental competente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP para a implantação de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

O art. 9º, II, da Resolução Conama 369/2006, estabelece que:

Art 9º. A intervenção ou supressão de vegetação em APP para a regularização fundiária sustentável em área urbana poderá ser autorizada pelo órgão ambiental competente, observado o disposto na Seção I desta Resolução, além dos seguintes requisitos e condições:

(...)

II – ocupações localizadas em **área urbana declarada como Zona Especial de Interesse Social – ZEIS no Plano Diretor** ou outra **legislação municipal**; (grifo nosso).

³ Ressalta-se que a alteração ocorrida no art. 4º da Lei n.º 4.771/1965, foi contestada pela ADIn n. 3591, de autoria do Procurador Geral da República, por entender ser inconstitucional tal alteração por meio de medida provisória. Entretanto, o STF, ao negar o pedido de liminar, entendeu que: “**É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).**”

1.4. O ESTATUTO DA CIDADE (A LEI Nº 10.257/2001) E A INSTITUIÇÃO DAS ZEIS (ZONAS ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL).

Para regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a Lei n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que estabelece as diretrizes gerais da política urbana e, tem por finalidade **regular o uso da propriedade urbana** em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como do **equilíbrio ambiental**.

Para compatibilizar o uso sustentável da propriedade urbana e o equilíbrio ambiental, o Estatuto da Cidade estabeleceu entre as suas diretrizes a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

É importante frisar que o Estatuto da Cidade, no art. 5º, estabelece que o plano diretor - aprovado por lei, é instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana municipal.

O Estatuto da cidade também estabeleceu a **instituição de zonas especiais de interesse social**, ou simplesmente **Zeis**, que são áreas destinadas para o uso e ocupação do solo em áreas já ocupadas ou que venham a ser ocupadas por população de baixa renda, nas quais são aplicadas regras especiais, visando efetivar o direito à moradia, previsto no art. 6º, da CF/88.

1.5. RESPONSABILIDADES DO PODER PÚBLICO E DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NAS QUESTÕES AMBIENTAIS

A Lei 6938/1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, no art. 3º, IV considera poluidor tanto a pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, responsável, seja de forma direta quanto indireta por atividade causadora de degradação ambiental.

Lei nº 9.605/1998 – Lei de Crimes e Infrações Ambientais, atribui responsabilidades administrativa, civil e penal as pessoas jurídicas e pessoas físicas (art. 3º, “*caput*” e parágrafo único). E, estabelece que é crime contra a flora, destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção (art. 38).

Portanto, o Estado (na figura dos seus três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário) e o Administrador Público responderão por crimes e infrações cometidas contra o meio ambiente.

2. Respostas aos Quesitos

Após as explicações preliminares e fundamentação, passemos às respostas das questões propostas.

1º. Pode a Prefeitura Municipal utilizar de Lotes Adquiridos em Loteamento Urbano em Zonas Especiais de Interesse Público em Topo de Morro para construir habitações para população de baixa renda atingida por catástrofe natural?

- Sim, desde que preencha os requisitos exigidos pela Resolução Conama 369/2006 e o art. 4º, §§ 1º, 2º e 4º da Lei nº 4.471/1965 (Código Florestal). Devem ser adotadas medidas compensatórias e mitigatórias pelo Poder Público, para minimizar os efeitos causados ao meio ambiente com a supressão de vegetação em APP.

2º. Topo de Morro é Área de Preservação Permanente?

- Sim, conforme prescreve o art. 2º, “d” da Lei nº 4.471/1965.

3º. Quais as consequências jurídicas para a Prefeitura e para a Autoridade Executiva Municipal, caso ocorra construção das habitações populares na área dos lotes localizados no topo de Morro?

- Caso não sejam preenchidos os requisitos previstos na Resolução Conama 369/2006 e a Lei nº 4.471/1965 (Código Florestal), a municipalidade e a autoridade municipal responderão por crimes e infrações ambientais, conforme prescreve os art. 3º, “*caput*” e art. 38 da Lei nº 9605/1998.

4º. No conflito entre o caráter social emergencial da construção de habitações populares para a população de baixa renda atingida pela catástrofe natural e os aspectos da proteção das Áreas de Preservação Permanente, quem prevalecerá?

- Conforme acima foi explicado, poderá haver a prevalência do direito à moradia, com observância do art. 9º, II da Resolução Conama 369/1998, aplicando-se também o art. 225, § 1º, III, da CF/88 e o art. 4º, §§ 1º, 2º e 4º da Lei nº 4.471/1965 (Código Florestal).

5º. Na hipótese de não ser possível a Construção das habitações populares nos lotes localizados no topo de morro, poderá a Administração Pública Municipal decretar a desapropriação para fins de interesse social de outra área localizada em ZEIS com a finalidade de construir as habitações populares para a população de baixa renda atingida pelas enchentes e, depositar o valor da desapropriação “*a posteriori*”?

- A desapropriação para fins de interesse social para construção de casas populares é regulada pela Lei n. 4.132/62 e pressupõe a justa indenização ao proprietário do imóvel desapropriado – conforme CF art. 5º. XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira
Professor de Direito Administrativo
Chefe do Departamento de Direito Público
Universidade Estadual Paulista - UNESP