

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO E SUSTENTABILIDADE II**

**ANA CARLA PINHEIRO FREITAS**

**ELISAIDE TREVISAM**

**JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito e sustentabilidade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Ana Carla Pinheiro Freitas; Elisaide Trevisam; Jerônimo Siqueira Tybusch – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-597-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



## **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA**

### **DIREITO E SUSTENTABILIDADE II**

---

#### **Apresentação**

Diante da necessidade de se refletir sobre a sustentabilidade nos mais diversos ângulos do conhecimento jurídico para uma integração dos direitos de solidariedade e de responsabilidade ambiental para a efetivação de uma sociedade global sustentável, foram tratados os mais diversos assuntos no Grupo de Trabalho Direito e Sustentabilidade II apresentados no XXVII Encontro Nacional do Conpedi Salvador – Ba.

Dentre os vários trabalhos apresentados, destacou-se o papel do desenvolvimento sustentável e a economia verde no século XXI onde foram tratadas as questões do crescimento e decrescimento e da busca pela conscientização da humanização da economia política para uma justiça ambiental. Buscando uma alternativa para as problemáticas encontradas nas empresas como agentes econômicos que possuem a obrigação de exercer sua função social para a busca do desenvolvimento sustentável, foram apresentados dois trabalhos que discutiram as dimensões da sustentabilidade e a incondicional tratativas para que a empresa alcance seu lucro perante seu direito de livre iniciativa contudo, não se olvide da sua responsabilidade com a sociedade uma vez que sua função social era o retorno econômico-financeiro e passou a assumir uma postura onde o desempenho econômico-financeiro se suplanta pela necessidade de se observar o interesse de grupos sociais afetados pelo comportamento da empresa”.

Outra temática discutida no grupo de trabalho de suma importância foi a responsabilidade civil do médico e do hospital quando não observa as normas ambientais insetológica e acabam por desencadear problemas sérios de infecção que ferem o meio ambiente.

Não deixando para trás a evolução histórica do direito ambiental e da sustentabilidade, foi feita uma análise das ordenações Filipinas e da Lei 13.240 de 2015 no que diz respeito ao desenvolvimento dos terrenos de Marinha no período colonial e no período republicano em suas particularidades e finalidades jurídicas.

Falar em sustentabilidade é falar de ética e responsabilidade. Sendo assim, a reflexão sobre a igual consideração e individualismo ético entre estados soberanos também foi tratada no intuito de se buscar um desenvolvimento ambientalmente sustentável a partir da análise da virtude soberana e a teoria prática da igualdade nas palavras de Ronald Dworkin e o conceito de soberania quando se fala de sustentabilidade.

O princípio da responsabilidade na teoria de Hans Jonas foi apresentado na aplicação da logística reversa no descomissionamento das placas fotovoltaicas se propondo o abandono da ética tradicional em favor da ética responsável e o dever da humanidade em proteger o meio ambiente para uma vivência sustentável.

Quando se busca uma regulação estatal em temas ambientais, a discussão em torno das ideias neoliberais foi levantada incluindo os temas de Estado mínimo, Estado Social, Neoliberalismo e Socialismo. Outra reflexão foi sobre o impacto da nova estação de tratamento de efluentes da cidade de Resende, no Rio de Janeiro e o fortalecimento do conceito de cidade sustentável e, em outro momento, a sustentabilidade ambiental versus o desenvolvimento urbano e suas contraposições de interesses.

Como vivemos no Brasil a atual problemática do direito à moradia, foi apresentada uma nova teoria hermenêutica no trato das “demandas que envolvem, conjuntamente, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente salubre, em decorrência das recepções acríticas de teorias estrangeiras” e a verificação de “graves problemas na maneira como o Poder Judiciário vem exercendo a função jurisdicional”.

Além dos assuntos discutidos acima, a sustentabilidade ambiental e o desenvolvimento sustentável foram tratados em face da ética utilitarista de Bentham e as consequências do consumismo advindo do “capitalismo irresponsável” e a perspectiva de lucro e felicidade e a possibilidade “de o indivíduo usufruir dos recursos naturais, mas, desde que mantenha o meio ambiente preservado e ainda possa adequar o seu impulso consumista à uma satisfação de vontade prática e útil.”

Concluindo os trabalhos, o objetivo do encontro foi alcançado no Grupo de Trabalho Direito e Sustentabilidade II e as pesquisas apresentadas mostraram que, para uma convivência humanitária, o meio ambiente deve ser preservado e o conhecimento é a base de uma consciência ética e responsável que busca o desenvolvimento sustentável para preservar a sociedade.

Boa leitura!

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM

Profa. Dra. Elisaide Trevisam - UFMS

Profa. Dra. Ana Carla Pinheiro Freitas – UNIFOR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**RECEPÇÕES EQUIVOCADAS COMO FONTES GERADORAS DE CONFLITOS:  
DIREITO À MORADIA VERSUS DIREITO AO MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

**WRONGFUL RECEPTIONS AS SOURCES OF CONFLICT: RIGHT TO HOUSING  
VERSUS ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENTAL RIGHT**

**Gustavo Vieira Silva <sup>1</sup>  
Paula Vieira Silva E Fidelis**

**Resumo**

Infelizmente, a nova Constituição Brasileira de 1988 não veio seguida de uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e de uma nova teoria hermenêutica. Desta forma, no trato de demandas que envolvem, conjuntamente, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente salubre, em decorrência das recepções acríticas de teorias estrangeiras, verificam-se graves problemas na maneira como o Poder Judiciário vem exercendo a função jurisdicional.

**Palavras-chave:** Meio ambiente, Moradia, Jurisprudência dos valores, Teoria da argumentação, Poder judiciário

**Abstract/Resumen/Résumé**

Unfortunately, the new Brazilian Constitution of 1988 was not followed by a new theory of sources, a new theory of the norm and a new hermeneutical theory. Thus, in dealing with demands that together involve the right to housing and the right to a healthy environment, as a result of uncritical reception of foreign theories, there are serious problems in the way the Judiciary has been exercising the jurisdictional function.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Environment, Housing, Jurisprudence of values, Theory of argumentation, Judicial power

---

<sup>1</sup> Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais – Campus Rio Pomba. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à moradia, previsto no rol dos direitos sociais, assim como o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, inserido no capítulo do meio ambiente, são tidos como direitos fundamentais, devendo, por conseguinte, serem garantidos pelo Poder Público.

A partir disso surge a seguinte questão: Existem conflitos entre referidos direitos fundamentais ou a suposta colisão emana da forma como se deram as três recepções teóricas no Brasil (jurisprudência dos valores; ponderação alexyana; ativismo norte-americano)?

Certo é que o Estado deve assegurar a convivência harmoniosa de aludidos direitos fundamentais. Assim, pretende-se demonstrar se o Poder Judiciário vem atuando para garantir o respeito mútuo a tais direitos.

## 2 DIREITO À MORADIA

No presente trabalho, embora alguns autores não comunguem do mesmo entendimento, utilizar-se-á a noção de habitação de modo diverso da de moradia, sendo aquela reveladora de transitoriedade, e esta de continuidade, eis que a ideia de moradia alberga os direitos de personalidade.

Nesta direção os ensinamentos de Souza:

Para nós a ideia de temporaneidade tem o mesmo significado de transitoriedade. Ao revés, entende Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. v.1. p.188, que há transitoriedade na noção de moradia. Contudo, em razão do enfoque do presente trabalho, a moradia como bem da personalidade não seria temporária, ao contrário, pensamos que a ideia de temporaneidade está no âmbito da habitação, e a moradia, ante a base que adotamos (direito de personalidade), é permanente.<sup>1</sup>

Na habitação se verifica uma relação entre o sujeito e a coisa, sendo que o exercício sobre esta é temporal, sendo considerado, primordialmente, o bem. Já na moradia, cujo alicerce é a dignidade da pessoa humana, o foco, como não poderia ser diferente, é a pessoa, pois se trata de bem irrenunciável da mesma (personalidade), sendo o exercício caracterizado pela estabilidade.

---

<sup>1</sup> SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. Conceituação do termo moradia. In: \_\_\_\_\_. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos de personalidade**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.37.

No que tange à íntima relação entre o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana, vale trazer à tona o entendimento de Godoy que expressa que “o direito de moradia está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, que constitui a pedra nuclear, a base, o alicerce do direito civil constitucional. Por isso direito à moradia é direito civil constitucional”.<sup>2</sup>

No que se refere à importância da dignidade da pessoa, oportuno trazer à liça os ensinamentos de Sarlet:

[...] é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as **condições existenciais mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>3</sup> (grifo nosso)

Com efeito, a dignidade é um princípio fundamental previsto na Lei Maior, que trata de coibir qualquer espécie de conduta desumana, bem como visa afiançar um piso vital mínimo para a existência, entendida esta não de qualquer forma, mas sim de forma salubre.

A conexão existente entre a moradia e a personalidade foi bem descrita por Barré-Pépin que diz que a moradia é característica da personalidade, elemento essencial da proteção individual: lugar de vida e de intimidade, de repouso e de plenitude para a pessoa, sozinha, em casal ou em família.<sup>4</sup>

Com fulcro em Pontes de Miranda, podem-se elencar os direitos de personalidade no território nacional em:

A) o direito à vida; b) o direito à integridade física; c) o direito à integridade psíquica; d) o direito à liberdade; e) o direito à verdade; f) o direito à igualdade formal (isonomia); g) o direito à igualdade material, que esteja na Constituição; h) o direito de ter nome e o direito ao nome; i) o direito à honra; j) o direito autoral de personalidade.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.47-48.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.63.

<sup>4</sup> BARRÉ-PÉPIN, Martine. **La protection du logement en droit privé**. Paris: Litec, 2009. p.79.

<sup>7</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. São Paulo: Moraes, 1961. p.53.

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VII. p.11-139; e 1971. t. II. p.6.



Existem muitas outras classificações nacionais e estrangeiras sobre a personalidade, contudo, entende-se não ser possível e nem conveniente aglutinar todos estes direitos em uma lista, pois se trata de uma séria aberta, o que faria com que não fossem abrigadas novas situações que poderiam ocorrer no mundo fatídico.

Levando-se em conta a importância do direito à moradia e de alguns de seus consectários (direito à vida, à liberdade, à honra, ao segredo pessoal, doméstico e profissional, à identidade pessoal, familiar e social), deve haver uma maior atenção por parte do Estado nos acordos que dizem respeito à moradia, não se permitindo a livre disposição das partes no que tange a este direito, devendo, por conseguinte, apresentar-se nítida a diferença entre o direito de personalidade em relação à moradia e o direito de habitação como direito real, a fim de não ocorrerem danos ao indivíduo, eis que aquele, como dito, é irrenunciável.

De fato, o direito à moradia, além de possuir fundamento na dignidade da pessoa humana, é um bem da personalidade, logo, indisponível e irrenunciável, ao contrário do direito de habitação, que como direito real está sujeito à disposição pelo seu titular.

## 2.1 PREVISÃO DO DIREITO À MORADIA

Primeiramente, importa notar que não houve nos textos legais abaixo, diferenças quanto aos usos dos termos moradia, habitação, casa e lar, sendo que os mesmos foram empregados como se fossem sinônimos.

O direito à moradia é abarcado como direito fundamental social, em razão de estar previsto na esfera do Direito Constitucional de certo Estado e, como direito humano, em decorrência da sua inserção no Direito Internacional.<sup>6</sup>

Esta dúplice e respeitável previsão (Constituição Federal e Direito Internacional) demonstra a indiscutível necessidade de se tutelar o direito à moradia, eis que o mesmo é apresentado como “direito ao médio da existência”<sup>7</sup>, ou seja, o mínimo para uma existência digna.

Quanto a este aspecto, Sarlet pondera que:

[...] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um

---

<sup>6</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia: direito especial de personalidade?** 2009. 208 f. Tese. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. p. 72.

<sup>7</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade**. 2.ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995. p.107.

espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar; certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.<sup>8</sup>

O direito à moradia foi inscrito como direito social na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, artigo 6º:

Art. 6º 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 à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.<sup>9</sup> (grifo nosso)

No que se refere aos direitos sociais, é correto afirmar que se baseiam no princípio da igualdade material, em oposição aos direitos de liberdade, que defendem tão somente a igualdade formal.

É inaceitável se falar em liberdade e em igualdade em Estados que não aprovacionam o mínimo de condições para que a pessoa consiga usufruir de uma existência honrada, eis que tal fato acaba por comprometer a própria vida e, afetado o bem maior do indivíduo, a liberdade e a igualdade restarão atingidas.

Nesta direção valiosa a contribuição de Barreto, no sentido da indispensabilidade de se atribuir efetividade aos direitos sociais, por consistirem em uma fonte substantiva dos direitos fundamentais, a fim de que se alcancem a igualdade e a liberdade:

Os direitos sociais, portanto, não são categorias jurídicas de segunda ordem, pois a própria natureza dos direitos civis pressupõe a sua corporificação através desses direitos sociais. Essa relação torna-se ainda mais evidente quando constatamos que a plena realização dos objetivos da sociedade democrática de direito, como estabelecidos no texto constitucional, tem como seu fundamento dois instrumentos político-institucionais, os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos sociais, por outro. [...] os direitos sociais – entendidos como igualdade material e liberdade real – constituem uma fonte substantiva, não formal ou adjetiva, dos direitos fundamentais. [...] Transitamos então para um novo patamar conceitual, onde direitos sociais irão representar a integração dos princípios da igualdade material e da liberdade real, que não é aquela meramente proclamada nos textos legais. Os direitos sociais adquirem um novo papel no sistema jurídico, deixando de ser simples expedientes funcionais, destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que poderá garantir a segurança, a liberdade [...] A cidadania, em

---

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição**: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, n. 2, jul./set. 2003. p.82.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). Op. cit.

seu conceito jurídico clássico, estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado. Esse vínculo, entretanto, no quadro do Estado Democrático de Direito torna-se mais abrangente, o cidadão é aquele que goza e detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade).<sup>10</sup>

Com relação ao direito à moradia, não é correto certificar que somente tenha sido previsto na Carta Magna através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, uma vez que aludido direito social já se encontrava inscrito no preâmbulo da CF/88 (segundo o qual o Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos), bem como, dentre outros, no artigo 7º, inciso IV, artigo 23, inciso IX.

Outro texto legal que merece ser citado é a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), que registrou que a garantia do direito a cidades sustentáveis se efetiva, dentre outros, por meio do acesso à moradia (artigo 2º, inciso I); atribuiu à União, de forma isolada ou em conjunto com os outros entes, a tarefa de promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais (artigo 3º, inciso III); constou a usucapião especial urbana na mesma linha da CF/88 (artigo 9º), bem como inovou quanto à forma coletiva (artigo 10).

Lado outro, o direito à moradia, a nível internacional, foi previsto em diversos documentos, sendo que a primazia ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo 25, que diz que todos têm 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, à habitação. 11

Além do mais, merecem ser ressaltadas as disposições sobre a moradia arroladas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, na Declaração sobre

---

<sup>10</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional e internacional comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 133-134.

<sup>11</sup> **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 19 de junho de 2015.

Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976, na Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II, de Istambul, de 1996).<sup>12</sup>

No Relatório sobre Assentamentos Humanos da ONU, de 2005, foi apontado, assim como em outros diplomas, que a moradia significa muito além de apenas um teto sobre a cabeça, mas ainda privacidade, espaço adequado, acessibilidade, segurança, garantia de posse, estabilidade e durabilidade, iluminação adequada, aquecimento e ventilação, saneamento básico, abastecimento de água, tudo a preço acessível. <sup>13</sup>

Por seu turno, levando-se em conta a dignidade da pessoa humana e reconhecendo a deficiência no acesso à moradia, ou sua inadequação, a Declaração do Milênio das Nações Unidas traçou como meta o atingimento de uma melhora significativa nas vidas de pelo menos 100 milhões de moradores de áreas degradadas, até 2020. <sup>14</sup>

Conforme vislumbrado, o direito à moradia restou previsto em variados diplomas legais, bem como foi concebido como direito humano e como direito fundamental social, não devendo o Estado medir esforços para a sua efetivação, principalmente, em países em desenvolvimento, em que se observam grandes desigualdades e injustiças.

Além disso, necessário registrar que se verifica não apenas a ausência de moradias, mas também a sua inadequação, sendo que milhares de pessoas vivem em áreas de risco e em assentamentos humanos irregulares, encontrando-se privadas de estruturas básicas adequadas, tais como abastecimento de água, saneamento e instalações de gestão de resíduos, adequada qualidade ambiental e fatores relacionados com a saúde, localização acessível no que diz respeito ao trabalho e facilidades básicas, tudo isso a custo acessível. Tais fatos são lastimáveis, eis que demonstram o desleixo do Poder Público no atendimento de referido direito humano, o que acaba atingindo diretamente o bem-estar físico, psicológico, social e econômico dos indivíduos.

Contudo, o direito à moradia, apesar de ser concebido como direito humano e como direito fundamental social, sendo indispensável para uma existência digna, não se trata de um direito absoluto, devendo, por conseguinte, conciliar-se com outros direitos igualmente

---

<sup>12</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos**. 1996. Disponível em: <[http://www.unhabitat.org/declarations/documents/The\\_Habitat\\_Agenda.pdf](http://www.unhabitat.org/declarations/documents/The_Habitat_Agenda.pdf)>. Acesso em 19 de junho de 2015.

<sup>13</sup> UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. **Financing urban shelter: global report on human settlements 2005**. New York: UN-HABITAT, 2005. p.163.

<sup>14</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio**. Centro de Informações das Nações Unidas: Lisboa, 2001. p.9.

fundamentais, como é o caso do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o qual, da mesma maneira, é essencial para uma vida salubre.

### 3 POLÍTICA URBANO-AMBIENTAL

O legislador constituinte registrou que não apenas a propriedade deve cumprir a função social, mas também a própria cidade. Neste liame, a política urbana se encontra inscrita nos artigos 182 e 183 da CF/88 do seguinte modo:

Art. 182. A **política de desenvolvimento urbano**, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por **objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes**.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A **propriedade urbana cumpre sua função social** quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (grifo nosso)

Todavia, referidos dispositivos legais se encontravam pendentes de regulamentação, sendo entendidos como de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, o que se alterou em 2001, através da Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade (EC).<sup>15</sup>

O Estatuto da Cidade registrou, já de início, que suas normas são de ordem pública e interesse social, regulando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. 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: 19 de junho de 2015.

segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Facilmente, constata-se que as moradias não podem ser construídas de qualquer maneira ou em qualquer local, cabendo destaque para a previsão do bem-estar das pessoas e a proteção ambiental.

Conforme Lira:

[...] é muito importante que as diretrizes do Estatuto da Cidade se tornem realidade, não só em termos de qualidade de vida para as classes abastadas, mas em termos de atendimento efetivo do direito de moradia digna e saudável para todos, como expressão mínima de cidadania, o que, aliás, decorre dos princípios republicanos fundamentais, consagrando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais [...].<sup>16</sup>

Um dos cernes para que se alcancem as funções sociais da propriedade e da cidade, gravita em torno da concepção da sustentabilidade desta. Tal assertiva é corroborada pelo Estatuto em seu artigo 2º, que previu a garantia do direito a cidades sustentáveis como primeira diretriz para a política urbana ordenar o completo desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

O direito a cidades sustentáveis é compreendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (artigo 2º, inciso I, EC). Percebe-se que, dentre outros itens, a sustentabilidade das cidades se efetiva pelo atendimento conjunto do direito à moradia e da salubridade ambiental, em virtude de serem necessários para que as pessoas usufruam de uma existência digna.

Ainda constou-se que o desenvolvimento das cidades deve ser planejado, para impedir e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente. Certo é que o atual modelo de desenvolvimento é autofágico, deixando muitas pessoas, principalmente as desprovidas de recursos, jogadas à própria sorte, vivendo em locais que oferecem grande risco, como por exemplo, próximo ao leito dos rios, encostas, locais sem tratamento de água, de esgoto e resíduos.

O Estatuto anteviu as denominadas “construções sustentáveis”, que podem ser concebidas como o estímulo à utilização, nas construções urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais. Sabe-se que as construções consomem uma quantidade significativa de recursos naturais, desta forma, é indiscutível que o investimento em

---

<sup>16</sup>LIRA, Ricardo Pereira. Direito urbanístico, estatuto da cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi (Coord.). **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.11.

tecnologias sustentáveis seria capaz de reduzir os elevados custos das obras, bem como a deterioração ambiental.

Em seu artigo 3º, o EC incumbiu a todos os entes a possibilidade de instituir programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, razão pela qual é intolerável a atitude reiterada do Poder Público Municipal ao se omitir em relação a moradias levantadas em locais inapropriados e/ou desprovidas de condições mínimas de salubridade, em especial por ser o ente que primeiro toma contato com as reais demandas da população.

Como se não bastasse, o Estatuto ainda dispôs sobre a indispensabilidade de a política urbana acolher a tutela ambiental da seguinte forma: por meio do controle do uso do solo, de forma a evitar sua utilização inadequada, bem como impedir a poluição e a degradação do ambiente (artigo 2º, inciso VI, “a” e “g”); através da adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade do Município e do território sob sua área de influência (artigo 2º, Inciso VIII); zoneamento ambiental; criação de unidades de conservação; estudo prévio de impacto ambiental para atividades que possam causar deteriorações ambientais; desapropriação; regularização fundiária, entre outros.

Percebe-se que a CF/88, a Lei nº 10.257/2001, dentre outros textos legais, deixaram evidente que o Poder Público não dispõe da faculdade de optar pelo direito à moradia ou, pelo ambiente, mas deve assegurá-los conjuntamente, para que uma cidade possa ser considerada sustentável e seus habitantes usufruam de uma vida digna, mesmo porque tais caracteres abarcam o conceito de moradia adequada.

Segundo Canepa, cidade sustentável seria a operacionalização do desenvolvimento sustentável na esfera local. <sup>17</sup>

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 previu o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental a ser garantido, o qual deve ser concretizado não de qualquer forma, mas de modo sustentável.

Compete interpretar o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II, CF/88) em consonância com a garantia de todos a uma existência digna, atendidos os princípios da função social da propriedade e da tutela do meio ambiente (artigo 170, III e VI, artigo 225).

No artigo 225 da Lei Suprema do País ficou assinalada a íntima relação existente entre ambiente equilibrado e qualidade de vida, podendo esta ser compreendida como um dos

---

<sup>17</sup> CANEPA, Carla. Cidades sustentáveis. In: Garcia, Maria (Org.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

consectários do direito à moradia, sendo certo alegar que qualquer intercorrência negativa no ambiente afeta, desfavoravelmente, a existência digna das pessoas:

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.<sup>18</sup> (grifo nosso)

É patente que a Lei Suprema previu dispositivos que apontam para a composição do suposto conflito de direitos fundamentais que, no presente estudo, manifesta-se no direito à moradia versus meio ambiente salubre. Deste modo, afigura-se inaceitável ter que optar entre o direito à moradia ou ao meio ambiente, sendo obrigatório harmonizá-los, mesmo porque ambos são imprescindíveis para que a pessoa disponha do mínimo de condições para uma existência honrada.

O combate à degradação habitacional e à ambiental ainda não receberam a merecida atenção e tratamento pelo Estado, uma vez que todos os anos deixam milhares de desabrigados, ou até mesmo mortos, diante da inércia do Poder Público que não toma medidas eficientes para assegurar o direito fundamental à moradia, mas pelo contrário, omite-se ou chega tarde, fazendo com que não seja verificado referido direito e tampouco o ao ambiente salubre.

#### **4 RECEPÇÕES EQUIVOCADAS**

Certo é que “uma Constituição nova exige novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica.”<sup>19</sup> Contudo, a chegada da Constituição de 1988 não veio acompanhada de uma teoria constitucional apta a reconhecer os direitos de segunda e terceira dimensões, tampouco adequada às novas demandas.

Desta forma, os juristas pátrios buscaram teorias estrangeiras (jurisprudência dos valores, teoria da argumentação de Robert Alexy e realismo norte-americano), tendo-as recepcionado de forma acrítica, sendo o ponto comum o protagonismo judicial.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição (1988). Op. cit.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.



#### 4.1 JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

A jurisprudência dos valores surgiu na Alemanha, a fim de tentar reduzir a tensão ocasionada pela chegada da Lei Fundamental, a qual não foi elaborada com ampla participação do povo alemão, mas outorgada pelos aliados. Ela aceitava ao “Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada.”<sup>20</sup>

Fato é que no Brasil a recepção desta tese se deu sem a devida consideração das diferenças entre Brasil e Alemanha, ou seja, a de que não se deve utilizar uma concepção que não se adapta, minimamente, à realidade pátria. Logo, os problemas de aplicação não tardaram em aparecer.

Os juristas nacionais lançaram mão da tese fundante da jurisprudência dos valores, a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, a serem revelados pelo intérprete, sendo que a maneira mais usada para a implementação desta acepção foi a teoria da argumentação de Alexy (segunda recepção equivocada).<sup>21</sup>

Estes fenômenos/problemas de recepção de teorias que não se adaptam à realidade brasileira são assim titulados por Lenio Streck: sincretismo, ecumenismo jurídico, baixa constitucionalidade, mixagem teórica.

Lamentavelmente, empregando de forma equivocada a teoria da argumentação de Alexy (ponderação), os tribunais pátrios demudaram a regra da ponderação em um princípio. Isso pode ser compreendido como panprincipiologismo:

[...] faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. <sup>22</sup>

Com a finalidade de se evidenciarem os entraves advindos da tentativa brasileira de misturar o imisturável, ou seja, de juntar, de modo acrítico, teorias incompatíveis, pode ser citado o caso Ellwanger – HC nº 82.424, de 17/09/2003.

No referido caso Ellwanger, conhecido como HC sobre o racismo, muitos Ministros do STF tentaram entendê-lo segundo uma suposta colisão entre valores, liberdade de

---

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014, p. 58.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014, p. 60.

expressão e dignidade da pessoa humana. Os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, representando, respectivamente, a posição da maioria e da minoria, deram deslinde totalmente diverso em razão de como entendem os valores a serem alcançados.

Analisando o caso Cattoni registrou que:

É possível perceber, pois, como a **equiparação de princípios a valores, e de direitos a bens ou interesses ponderáveis, pressupõe, assim, premissas axiológicas, elas próprias, não discutidas, no curso do processo**, a pré-orientar, de modo não problematizado, o julgamento, do que resulta a que sejam privilegiados pontos de vista normativos em face de outros.<sup>23</sup>

E continua Cattoni:

[...] o Min. Gilmar Mendes procurou **dar seguimento aos princípios da dignidade humana e da liberdade de expressão como se fossem valores, hierarquizando-os, em face do caso [...]. No seu entendimento, a dignidade humana seria, não somente *prima facie*, também mas em definitivo, um valor superior à liberdade de expressão.**

Já o Min. Marco Aurélio, no seu voto, **também buscou tratar os princípios da dignidade humana e do direito à liberdade de expressão como valores, bens ou interesses ponderáveis, hierarquizando-os, em face do caso [...].** Todavia, segundo seu entendimento [...] **a concessão do HC**, que levaria a não condenação por crime de racismo e, conseqüentemente, a não censura às publicações, mesmo que discriminatórias, **seria proporcionalmente melhor à promoção da democracia, do bem-estar e de uma cultura pluralista, pois deixaria a cargo da própria opinião pública a livre escolha ou decisão sobre o tema.**<sup>24</sup>

Verifica-se como a ponderação vem sendo utilizada de forma impensada, caso contrário, não se chegaria a resultados tão discrepantes. Além disso, cumpre ressaltar que foram usadas várias premissas axiológicas, as quais sequer foram ventiladas no decorrer do processo, a fim de se fundamentarem os votos.

Criticando referida decisão, Cattoni assentou que:

**Afinal, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, abusiva, criminosa, ou, então, do exercício regular, e não abusivo, de um direito. Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita? E continua: Tratar a Constituição como ordem concreta de valores é pretender justificar a**

---

<sup>23</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. In:\_\_\_\_\_. **Direito, política e filosofia:** contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p. 117-118.

<sup>24</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Op. cit., 2007, p. 118.

**tese segundo a qual compete ao Poder Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores [...] <sup>25</sup> (grifo nosso)**

Neste liame Streck afirmou que:

[...] a solução da controvérsia era, na verdade, constringedoramente simples. **Não havia nada a ponderar, por uma simples razão: a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista.** <sup>26</sup> (grifo nosso)

Ao invés de se debruçarem sobre a suposta colisão entre valores, os Ministros deveriam ter julgado se ocorreu ou não o crime de racismo, que era o objeto da ação. Pode-se afirmar que restou configurado o crime, pois é indiscutível que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, mas encontra limites.

O referido caso demonstrou que a jurisprudência dos valores não corresponde à melhor forma de garantia de direitos fundamentais, pois os submete a um custo/benefício, bem como permite ao Tribunal ser um poder legislativo de segundo grau, “controlando escolhas políticas legislativas e executivas a partir do que seus Ministros considerem ser o melhor – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira.”<sup>27</sup>

Também nesta direção Streck ponderou que:

[...] argumentos baseados na **ponderação** proporcionaram votos discrepantes, o que demonstra a **irracionalidade da fórmula**. [...] Na verdade, o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia de interpretação, isto é, a **ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade.** <sup>28</sup> (grifo nosso)

## 4.2 ATIVISMO JUDICIAL

Também o ativismo judicial (terceira recepção equivocada) vem sendo empregado no Brasil de forma acrítica, ou seja, sem levar em conta o local, o porquê e como se originou.

Neste sentido argumenta Streck:

[...] Note-se: nos Estados Unidos, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de 200 anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial, nos Estados Unidos, foi feito às avessas num

---

<sup>25</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Op. cit., 2007, p. 119.

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul.-dez./2011, p. 13.

<sup>27</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Op. cit., 2007, p. 121.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014, p. 60.

primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo).<sup>29</sup>

Como se não bastasse, demonstrando a confusão que é feita no território pátrio, o ativismo já chegou a ser delineado como princípio. Além disso, em uma demanda judicial (Reclamação 4.335/AC), ao interpretar o artigo 52, X, da CF/88, alguns Ministros do STF disseram que estariam no campo do fenômeno da mutação constitucional ao asseverarem que: no lugar em que a Constituição fala que ao Senado cabe suspender a execução da lei, deveria ser lido dar publicidade à lei declarada, no todo ou em parte, inconstitucional pelo STF.

Certo é que no caso acima citado, não se tratava de mutação constitucional, pois ela se vislumbra quando “não faz nenhuma alteração no texto da Constituição, atingindo a norma concretizada.”<sup>30</sup>

No caso referido ocorreu o fenômeno denominado por Hesse como rompimento constitucional, que se dá quando a decisão vai além do texto da Constituição, ou seja, o texto permanece o mesmo, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias.

Ainda nesta linha de pensamento:

[...] pretende (ra) m **mudar não o sentido da interpretação do texto, mas mudar a própria dicção** do art. 52, X. Se vingar a tese defendida por parte dos ministros do STF, estar-se-á a alterar radicalmente o texto (ao invés de “suspender”, querem escrever “publicar”). Desse modo, **tem-se um verdadeiro rompimento constitucional, pois, sem alterar o texto formal (por meio do devido processo legislativo constitucional), é como se o tivessem feito, mas pelo próprio Poder Judiciário.**<sup>31</sup> (grifo nosso)

Embora alguns ministros tenham afirmado que incidiu a mutação, é inegável que o acontecido se encaixa no conceito de rompimento constitucional. Para clarificar: um dos votos sustenta que compete ao STF não só alterar a norma, “mas mudar o próprio texto constitucional”. Em outro voto, em resposta à indagação do Ministro Eros Grau, Gilmar Mendes disse que “[...] avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro.”

Não são necessárias maiores delongas para demonstrar como o ativismo à brasileira vem sendo aplicado de forma superficial, sem levar em conta suas especificidades, podendo-

---

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014, p. 61.

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014, p. 62.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014, p. 61.

se concluir que a “atuação ativista por parte do STF demonstra a falta de limites no processo interpretativo.”<sup>32</sup>

A aplicação sem critérios do ativismo, aliado aos enunciados performativos (“decido conforme minha consciência”, “ponderação de valores”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”) cria a falsa ideia de que tudo é permitido ao Poder Judiciário, de que não há limites para o imaginário dos juízes.

Demonstrando os perigos do ativismo para a democracia, cumpre trazer à tona o entendimento de Streck:

[...] o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num **ato de vontade daquele que julga**, isto é, caracterizando uma ‘corrupção’ na relação entre os Poderes, na medida em que há uma **extrapolação dos limites na atuação do Judiciário** pela via de uma **decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos**.<sup>33</sup> (grifo nosso)

O caso Ellwanger pode ser referenciado como um bom exemplo para ilustrar como vêm sendo feitos os julgados do STF. De fato, o que aconteceu nesse caso pode ser estendido às questões referentes ao suposto conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente saudável, em que os juízes, utilizando das três recepções equivocadas já explicitadas, bem como de premissas axiológicas e enunciados performativos (valores, princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros), emitem votos totalmente diferentes em uma mesma demanda.

Com a finalidade de delinear bem esta questão, ainda pode ser aludido o RE 761680 - PB, em que foi aventado que havia conflito entre direitos fundamentais, a serem compatibilizados mediante os princípios da proporcionalidade, da ponderação dos interesses, dentre outros:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na alínea a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra julgado da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que decidiu: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA/PB. PRELIMINAR REJEITADA. DANO AMBIENTAL. CONSTRUÇÕES IRREGULARES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONFIGURAÇÃO. **CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE ADEQUADO E DIREITO À MORADIA. PRINCÍPIO**

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014, p. 64.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014, p. 65.

**DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTE DA TURMA.** 1 – Apelação e remessa oficial em que se discute a demolição de 200 (duzentas) casas de precárias condições, construídas, irregularmente, em área de preservação permanente (mangue), localizada no entorno da Avenida Tancredo Neves, Município de João Pessoa, no Estado da Paraíba. 2 – É legítimo o Município de João Pessoa para figurar no polo passivo da presente demanda, visto que é dever do Poder Público Municipal zelar pela defesa e preservação do meio ambiente em vista a promover a fiscalização do cumprimento das normas ambientais. (STJ. RESP 1.113.789. Segunda Turma, Min. Castro Meira. DJE 29.6.2009.); (AC 495.377. TRF5. Segunda Turma, Des. Fed. Francisco Wildo. DJe 14.4.2011). 3 – Em caso de **colisão entre direitos fundamentais**, em razão destes não serem absolutos, impõe-se proceder à compatibilização entre os mesmos, mediante o **emprego do princípio da proporcionalidade**, o que permitirá, por meio de juízos comparativos de **ponderação dos interesses** envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de apenas um deles apenas. 4 In casu, não é **razoável** a demolição imediata de todos os imóveis irregulares localizados na área de preservação permanente, tendo em vista que tal ato representará um agravante ao dano ambiental já existente, além de causar inegável impacto social decorrente do desalojamento de diversas famílias. [...] DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente [...] Em caso de **colisão entre direitos fundamentais**, em razão destes não serem absolutos, impõe-se proceder à compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego do **princípio da proporcionalidade**, o que permitirá, por meio de juízos comparativos de **ponderação dos interesses** envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de apenas um deles apenas[...] Neste diapasão, com fulcro no **princípio da proporcionalidade**, entendo que a melhor solução foi dada pelo douto magistrado de primeiro grau[...] **Dessa forma, não há que se falar em reforma da sentença, que dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**[...] RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade [...] 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 27 de agosto de 2013. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (STF - RE: 761680 PB , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 27/08/2013, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 03/09/2013 PUBLIC 04/09/2013)

Além do mais, o Poder Judiciário tem feito essas “aberrações jurídicas” sem qualquer fundamentação, sem se atentar para o fato de estar-se diante de direitos fundamentais, que devem ser igualmente protegidos, não sendo possível, prima facie, decidir qual deles deve preponderar. No presente RE 761680 entendemos que não havia conflito de direitos fundamentais, não existindo o que ponderar, pela singela razão de o direito à moradia não poder ser exercido em qualquer local. Com efeito, não é permitido construir moradias em áreas de proteção ambiental.

Tais acontecimentos são lamentáveis, pois deixam transparecer a falta de comprometimento do Poder Público com direitos indispensáveis para a sobrevivência digna das pessoas, que ficam jogadas à própria sorte.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, tanto o direito fundamental à moradia, como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devem ser assegurados pelo Poder Público, não podendo ser determinado, de plano, qual deles deve prevalecer no caso concreto.

Contudo, a recepção acrítica de teorias estrangeiras, muitas vezes utilizadas de formas conjugadas, como se fossem capazes, por si só, de nos brindar com um “direito melhor”, trazem como consequência uma “aberração jurídica”. De fato, na resolução dos casos, os juízes vêm empregando enunciados performativos e premissas axiológicas que sequer foram aventados no processo, para que consigam conferir “sentido” às decisões.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRÉ-PÉPIN, Martine. **La protection du logement en droit privé**. Paris: Litec, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional e internacional comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. 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: 19 de junho de 2015.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade**. 2.ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

CANEPA, Carla. Cidades sustentáveis. In: GARCIA, Maria (Org.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. In:\_\_\_\_\_. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p. 113-125.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Cairo. São Paulo: Moraes, 1961.

GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito urbanístico, estatuto da cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi (Coord.). **Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia: direito especial de personalidade?** 2009. 208 f. Tese. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 19 de junho de 2015.

———. **Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos**. 1996. Disponível em: < [http://www.unhabitat.org/declarations/documents/The\\_Habitat\\_Agenda.pdf](http://www.unhabitat.org/declarations/documents/The_Habitat_Agenda.pdf) >. Acesso em 19 de junho de 2015.

———. **Declaração do Milênio**. Centro de Informações das Nações Unidas: Lisboa, 2001. p.9.

———. **Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver**. 1976. Disponível em: <[http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The\\_Vancouver\\_Declaration\\_19761.pdf](http://unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/07/The_Vancouver_Declaration_19761.pdf) >. Acesso em 19 de junho de 2015.

———. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em 19 de junho de 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VII.

———. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. II.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

———. **O direito fundamental à moradia na Constituição**: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, n. 2, jul./set. 2003. p. 65-119.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos de personalidade. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul.-dez./2011, p. 13.



\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da cidade:** comentários à Lei nº 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2006.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. Direito Subjetivo. **Enciclopédia Saraiva de Direito.** n.28/135, 1977-1982.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. **Financing urban shelter:** global report on human settlements 2005. New York: UN-HABITAT, 2005.

VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A. **Derecho de daños** - segunda parte: responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad. Buenos Aires: La Rocca, 1993.

VIEIRA, Juliana de Souza Reis. Cidades sustentáveis. In: MOTA, Mauricio (Coord.). **Fundamentos teóricos do direito ambiental.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.