

TESE 110

Proponente: Maiara Canguçu Marfinati

Área: Cível

Súmula: A área "non aedificandi" trazida pelo artigo 4º, inciso III da lei 6.766/79, quando servir de fundamento para a remoção de pessoas, necessariamente, deve ser harmonizada com o direito fundamental à moradia.

ASSUNTO

A presente tese tem como assunto a área "non aedificandi", direito à moradia de pessoas de baixa renda e a necessidade de harmonizar a proibição abstrata de ocupação da área "non aedificandi" prevista no artigo 4º, inciso III da Lei 6.766/1979 com o direito à moradia.

INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO RELACIONADO ÀS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A presente tese está relacionada aos objetivos da Defensoria Pública, bem como às funções institucionais.

Inicialmente destacamos que a Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC n. 80/94), em seu art. 3º-A, declara quais são objetivos da instituição: "São objetivos da Defensoria Pública: *I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório*".

Ademais, é função institucional da Defensoria Pública a defesa, judicial e extrajudicial, da população vulnerável, em especial para assegurar direitos humanos fundamentais, dentre os quais, sem qualquer dúvida, encontra-se o direito à moradia digna.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A proibição absoluta de não edificar trazida pelo artigo 4º, inciso III da Lei 6.766/79 necessariamente deve ser harmonizada com o direito à moradia, sobretudo, após a Emenda Constitucional 26/2000, que expressamente incluiu esse direito no rol de direitos sociais.

A área "non aedificandi" prevista na Lei 6.766/79 consiste na reserva de faixa de quinze metros de cada lado de rodovias e ferrovias, bem como de águas correntes e dormentes. O legislador silenciou acerca dos bens jurídicos protegidos por esta norma. Por outro lado, o Poder Público e o Poder Judiciário, em regra, justificam a existência da proibição contida na lei na necessidade de proteção das famílias residentes, bem como de usuários, para as hipóteses de ferrovia e rodovia, ou de proteção ao meio ambiente, para as hipóteses de água corrente e dormente.

Acerca da questão, em 09 de março de 2004, na exposição de motivos do Projeto de Lei 3003/2004, o Ministério das Cidades, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério de Minas e Energia apresentaram ao Presidente da República como justificativa para retirar a obrigatoriedade da reserva da faixa "non aedificandi" de quinze metros, de cada lado das faixas de domínio público, ao longo de dutos, a constatação de que um dos objetivos do legislador de 1979 ao instituir a reserva de faixa seria facilitar a duplicação dos sistemas, face o elevado crescimento econômico que caracterizou a década de 1970.

Como se vê, uma das razões aventadas para a instituição da área "non aedificandi" seria não a preocupação com a segurança da população vizinha ou com o meio ambiente, mas sim o interesse econômico em garantir que, no futuro, caso necessária a duplicação do sistema, haveria "reserva de terra" para tanto.

Na exposição de motivos, consta ainda a justificativa de que a instituição de faixa "non aedificandi" não considera que estas áreas sejam densamente ocupadas, nem que a segurança da população vizinha possa ser garantida por outros meios, vez que o critério aleatório de distanciamento de 15 metros não considera outros fatores como: "o tipo de produto transportado, as pressões de transporte, os materiais dos dutos, a topografia da região do entorno, os equipamentos de segurança instalados e os sistemas de monitoramento e alerta implantados"^[1].

Muito embora a justificativa acima tenha sido apresentada para a remoção da necessidade de reserva de faixa "non aedificandi" para dutos, as razões podem ser estendidas para as rodovias, ferrovias e águas correntes e dormentes.

Com efeito, a Lei 6.766/79 apresenta critério aleatório de distanciamento de 15 metros sem considerar que, além dessas faixas de terra serem densamente ocupadas, há possibilidade de a segurança das comunidades vizinhas ser garantida por mecanismos diversos, tornando desnecessária a remoção.

Mais, a Lei 10.932/2004 alterou o inciso III do artigo 4º da Lei 6.766/1979 para excluir a previsão de reserva de faixa não-edificável para a construção de dutos. Ora, se houve a alteração legislativa para excluir a necessidade de faixa "non aedificandi" para dutos que, em regra, transportam produto explosivo ou inflamável, não se vê justificativa para que a proibição remanesça para rodovia e ferrovia ou águas correntes e dormentes.

Ainda que a seara para esta discussão seja a reforma legislativa, quando concretamente a questão é trazida para apreciação judicial, não pode o julgador se furtar à análise da aplicabilidade da lei, mormente quando a aplicação desta norma pelo mecanismo da subsunção viola direito social assegurado pela Constituição Federal.

Embora claramente a norma trazida pelo inciso III, do artigo 4º da Lei 6.766/79 seja hipótese de regra, cuja aplicação se dá pela subsunção e não por sopesamento, na hipótese de conflito com a norma-princípio "direito à moradia", necessário se faz a identificação do princípio no qual se baseia àquela norma^[2] para futura harmonização.

Há duas interpretações possíveis para identificar os princípios nos quais se baseia o inciso III, artigo 4º da Lei 6.766/79: direito à segurança dos usuários da via e da população residente na área "non aedificandi" ou proteção ao meio ambiente, como sustentam ordinariamente o Poder Público e o Poder Judiciário; ou direito ao desenvolvimento econômico, como lembram os autores do Projeto de Lei 3003/2004.

Para solucionar esse conflito, deve-se realizar o sopesamento, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, verificando-se, no caso concreto, se a remoção das famílias é medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para assegurar os valores protegidos pela norma do inciso III do artigo 4º da Lei 6.766/79.

Virgílio Afonso da Silva^[3] esclarece que uma medida estatal que intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente, deve ter como objetivo assegurar um fim constitucionalmente legítimo. A análise da adequação passa pela resposta à pergunta: "A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?"

Em outras palavras, a remoção das famílias que ocupam área não edificável seria medida estatal adequada para assegurar um fim constitucionalmente legítimo, qual seja, a segurança dos moradores e dos usuários da via, bem como o desenvolvimento econômico ao possibilitar o aumento de rodovia e ferrovias, ou ainda a proteção ambiental, quando se tratar de águas correntes ou dormentes?

Em um primeiro momento, verifica-se que a remoção das famílias poderia proteger os valores trazidos pelo artigo 4º da Lei 6.766/79, revelando-se, por esta razão, adequada. Seria, no entanto, medida necessária e proporcional em sentido estrito?

A medida estatal somente será necessária, segundo a aplicação da regra da proporcionalidade, se a realização do objetivo perseguido – desenvolvimento econômico, segurança dos moradores e dos usuários da via e proteção ambiental – não puder ser alcançado em mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido – direito à moradia^[4].

A desocupação não pode ser tida com medida necessária para a garantia do desenvolvimento econômico, pois nesse caso se estaria privilegiando bens jurídicos patrimoniais em detrimento de bens existenciais diretamente ligados à dignidade humana. Além disso, estar-se-ia ignorando a realidade hoje existente marcada pela ocupação irregular, fruto da expulsão da população de baixa renda para as periferias pela especulação imobiliária, tida como regra nos grandes centros urbanos.

Da mesma maneira, a desocupação realizada com fundamento no risco aos moradores e usuários, nos casos de ferrovias e rodovias, ou na justificativa de proteção ao meio ambiente, nos casos de águas correntes e dormentes, somente será necessária, caso se verifique que inexistem alternativas à remoção das famílias.

No que concerne à remoção de famílias ocupantes de área não edificável em decorrência da existência de ferrovia e de rodovia entendemos imprescindível a realização de estudos e adoção de medidas para eliminação dos riscos, como a

construção passarelas, muros, barreiras de acesso, bem como a instalação de equipamentos de segurança e sistemas de monitoramento e de alerta.

Além disso, entendemos ser aplicável o artigo 3-B da Lei 12.340/2010, com redação dada pela Lei 12.608/2012, que trata dos procedimentos mínimos necessários para remoção de famílias em áreas de risco, a saber:

Art. 3º-B. Verificada a existência de ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, o município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

§ 1º A efetivação da remoção somente se dará mediante a prévia observância dos seguintes procedimentos: (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

I - realização de vistoria no local e elaboração de laudo técnico que demonstre os riscos da ocupação para a integridade física dos ocupantes ou de terceiros; e (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

II - notificação da remoção aos ocupantes acompanhada de cópia do laudo técnico e, quando for o caso, de informações sobre as alternativas oferecidas pelo poder público para assegurar seu direito à moradia. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

§ 2º Na hipótese de remoção de edificações, deverão ser adotadas medidas que impeçam a reocupação da área. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

§ 3º Aqueles que tiverem suas moradias removidas deverão ser abrigados, quando necessário, e cadastrados pelo Município para garantia de atendimento habitacional em caráter definitivo, de acordo com os critérios dos programas públicos de habitação de interesse social. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

Ademais, no que tange à análise da necessidade e proporcionalidade da remoção das famílias ocupantes de margens de rodovias e ferrovias, impossível presumir a existência de risco sem qualquer espécie de estudo relativo ao índice de acidentes nestes locais.

Quanto à remoção de famílias ocupantes de área não edificável em decorrência da existência de águas correntes e dormentes, imperioso aferir se existem alternativas à desocupação da área. Para tanto, entendemos forçosa a realização de estudo técnico para apurar o dano efetivo ao meio ambiente, bem como a comprovada impossibilidade de regularização fundiária, inclusive a regularização fundiária de interesse social criada pela Lei 11.977/2009 (artigo 53 e seguintes).

“Fica clara, assim, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação: enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. O exame da necessidade é, assim, um exame imprescindivelmente comparativo”^[5].

Se não é comprovadamente necessária a desocupação, em razão da ausência de alternativas à remoção das famílias ocupantes de áreas não edificáveis, conseqüentemente, não é proporcional em sentido estrito.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, deste modo, somente deve ser realizado se o caso concreto demonstrar que inexistem alternativas à desocupação das famílias.

Caso seja essa a hipótese, a remoção das famílias ocupantes de área não edificável somente será proporcional em sentido estrito se as vantagens causadas pela promoção do fim forem proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio.

Em outras palavras, a remoção das famílias ocupantes de área “non aedificandi”, mesmo que seja medida adequada e necessária, segundo o exposto acima, ainda exige do julgador o exercício argumentativo para demonstrar que a promoção do fim - desenvolvimento econômico, segurança dos moradores e dos usuários da via e proteção ambiental - apresenta vantagens tais que justifiquem o sacrifício ao direito à moradia dos ocupantes.

O que pretendemos com a presente tese é exigir do julgador que a aplicação do artigo 4º, inciso III, da Lei 6.766/79, quando envolver a remoção de famílias ocupantes de áreas “non aedificandi”, não se dê por subsunção, mas necessariamente após a harmonização com o direito fundamental à moradia, nos termos expostos.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Não raras vezes, as demandas que chegam às portas da Defensoria Pública trazem a questão da remoção da população de baixa renda que ocupa áreas “non aedificandi”, seja por ordem judicial, seja por notificações extrajudiciais.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A fundamentação jurídica pode ser utilizada em iniciais ou como tese de defesa em ações individuais ou coletivas para impedir a remoção de famílias que ocupam área não edificável, sem prejuízo de poder ser utilizada no âmbito extrajudicial em negociações com o Poder Público para discutir alternativas à remoção.

[1] EM Interministerial nº 004/2004-MCIDADES/MMA/MME integra em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2004/4-MCIDMMAMME.htm

[2] Silva, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais*, 2009, p. 53

[3] Op. cit, p 169.

[4] Op. cit, p. 171.

[5] Op. cit. 171.