

TESE 115

Proponente: Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Área: Cível

Súmula: A remoção dos habitantes carentes de áreas objeto de ações envolvendo conflitos fundiários movidas por entes públicos, ainda que fundadas na busca de regularização ambiental ou urbanística, está condicionada a uma prévia e adequada alternativa habitacional a ser prestada em concreto por estes àqueles.

ASSUNTO

A presente tese tem por objetivo conferir amparo jurídico aos ocupantes de áreas pertencentes a entes públicos, os quais, não obstante o longo período em que se encontram no local com a aquiescência do poder público, são subitamente removidos do local sem disporem de qualquer alternativa habitacional, nem mesmo a correspondente indenização pelas acessões e benfeitorias que lá empreenderam.

Em regra, a ordem judicial em tais casos, muitas vezes em sede de liminar e sem sequer a oitiva dos habitantes, limita-se a determinar a desocupação dos ocupantes do local, sem condicioná-la a uma disponibilidade concreta, por parte do autor da ação, de uma alternativa habitacional àqueles, em flagrante violação do direito fundamental à moradia desses indivíduos.

Cabe anotar que essa alternativa habitacional há de ser prestada, ainda que se trate de área pendente de regularização ambiental ou urbanística, como resultado de um necessário juízo de ponderação a ser feito pelo magistrado entre os bens jurídicos em aparente conflito (moradia x meio ambiente e/ou ordem urbanística, entre outros), a conduzir na preservação de todos eles.

Em outras palavras, essa alternativa habitacional atenderá o direito à moradia dos habitantes do local, assim como permitirá a desocupação do local em atendimento ao meio ambiente e/ou à ordem urbanística, conferindo uma solução razoável e equânime em tais casos.

Portanto, a tese em análise serviria para solucionar essa difícil situação enfrentada comumente pelos ocupantes de áreas pertencentes a entes públicos, salvaguardando-se o direito fundamental à moradia.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 5º, inciso III da Lei Complementar estadual n. 988/06 e artigo 4º, incisos I, V e X da Lei Complementar federal n. 80/94.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A presente tese tem por fundamento jurídico os seguintes princípios e normas internacionais e constitucionais:

- a) **Artigo XXV, item 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:** “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, 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 em circunstâncias fora de seu controle”;
- b) **artigo 11, item 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992:** “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a 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 (...);
- c) **Comentário Geral nº 4 adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU)**, que densifica o significado de “**moradia adequada**” estabelecido pelo mencionado artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966);
- d) **Comentário Geral nº 7 adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU)**, que trata do despejo ou deslocamento forçado, assinalando que estes “não devem ocasionar indivíduos “sem-teto” ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Onde aqueles afetados são incapazes para prover, por si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso a terra produtiva, conforme o caso, seja disponível”;
- e) **Princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1, inciso III da Constituição Federal);
- f) **Direito fundamental à moradia** (artigo 6, “caput” da Constituição Federal);
- g) **Princípio da concordância prática ou harmonização**, no sentido de se realizar um juízo de ponderação entre o direito fundamental à moradia assegurado pelo artigo 6º, “caput” da Constituição Federal e os demais bens jurídicos em jogo (tais como o meio ambiente, a ordem urbanística, entre outros), de modo a preservá-los, de modo a evitar o sacrifício total de um deles em detrimento do outro;

É importante salientar que a solução objeto da presente tese já foi adotada em casos análogos pelo **E. TJ/SP**, bem como pelo **TRF da 4ª Região**, como se vê pelos julgados abaixo transcritos (grifos nossos):

9170307-87.2007.8.26.0000 Apelação

Relator(a): Rui Stoco

Comarca: Barueri

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 13/06/2011

Data de registro: 21/06/2011

Outros números: 994070512286

Ementa: Apelação Cível. Ação Civil Pública. Loteamento irregular. Legitimidade do Ministério Público. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Agravo retido não provido. Decreto n.º 4.872/2001, do Município de Barueri, que desafetou bem de uso comum do povo, transformando-o em dominical, com o fito de permitir sua alienação nos termos do plano de parcelamento popular municipal. Ausência de inconstitucionalidade. Possibilidade de afetação ou desafetação de bem público, seja qual for sua natureza. Medida no mais que atende ao interesse público (construção de moradias populares).

Loteamento de área que serviria à recreação de outro loteamento. Possibilidade. Equipamento comunitário que não compõe a infraestrutura obrigatória do loteamento, nos termos da Lei n.º 6.766/79. Área ocupada por moradores de rua. Parcelamento popular iniciado para regularizar a posse desses moradores sobre a área e que, no entanto, padece de inúmeras irregularidades. Construções erigidas em áreas non aedificandi e de preservação permanente (beira de córrego). Ausência de licenciamento ambiental. Águas servidas despejadas no próprio córrego canalizado, sem qualquer planejamento/estudo hidrológico. **Condições precárias do loteamento que não sobrelevam as mazelas expiadas por aqueles que se encontram despojados de qualquer abrigo, fadados à perambulação sem rumo ou à habitação de vias e logradouros públicos. Mera e simples remoção dos indivíduos que não se coaduna com os valores constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro. Inviabilidade, por outro lado, de legitimar a promoção desajustada do parcelamento popular. Tutela da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III). Solução proposta:**

estabelecer que qualquer providência tendente à remoção dos habitantes da área - ainda que se relacione à regularização ambiental e urbanística - dependerá de alternativa viável à moradia, a ser providenciada pela Municipalidade.

Absoluta nulidade dos compromissos de compra e venda dos lotes. Devolução dos valores já pagos - e cessação de quaisquer outras obrigações pecuniárias oriundas desses contratos - que é medida adequada ao retorno das partes ao status quo ante. Condenação genérica, nos termos do art. 95, do CDC, sujeita a posterior liquidação. Ação julgada improcedente na origem. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.

Trecho do voto do Relator no acórdão acima transcrito:

"(...)Na ponderação entre a moradia e o meio ambiente equilibrado, não se evidencia relação de prevalência, mas sim, de conformação, consubstanciada no condicionamento do uso daquela (moradia) ao respeito deste (meio ambiente), o que se traduz no cumprimento da já mencionada função sócio-ambiental da propriedade.

A mera e simples remoção dos indivíduos lá situados, devolvendo-se às ruas aqueles que já lograram encontrar habitação, sob esse prisma, não se coaduna com os valores constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro.

De outra banda, não é possível admitir a concessão especial de uso, o que implicaria análise individualizada do caso de cada um dos habitantes - do que não se fez prova nos autos - devendo-se até mesmo questionar a legitimidade processual do Ministério Público para tal pedido.

Entretanto, ressuma claro que se faz imperiosa a adoção de medidas que se destinem à regularização da área, seja sob o ponto de vista ambiental, seja sob o ponto de vista urbanístico. Lastimavelmente - como já asseverado - tais medidas não foram requeridas na presente ação, fenecendo a esta Egrégia Câmara poderes para determinações nesse sentido.

De qualquer forma, o que se pode garantir aos moradores é um meio termo,

que se por um lado não implica disposição patrimonial definitiva da propriedade pública, por outro assegura sua existência digna.

Trata-se de estabelecer que qualquer providência tendente à remoção dos habitantes da área - ainda que se relacione à regularização ambiental e urbanística - dependerá de alternativa viável à moradia, a ser providenciada pela Municipalidade (...)

Ação Civil Pública. Direito Ambiental. Direito à moradia. Direito internacional dos direitos humanos. Desocupação forçada e demolição de moradia. Área de preservação permanente. Posse antiga e indisputada. Aquiescência do poder público. Disponibilidade de alternativa para moradia. Terreno de marinha. Desnecessidade de perícia judicial. Proteção à dignidade humana, despejo e demolição forçadas para proteção ambiental. Prevenção de efeito discriminatório indireto. 1. Não há nulidade pela não realização de perícia judicial quanto à qualificação jurídica da área onde reside a autora como terreno de marinha, à vista dos laudos administrativos e da inexistência de qualquer elemento concreto a infirmar tal conclusão. 2. A área de restinga, fixadora de dunas, em praia marítima, é bem público da União, sujeito a regime de preservação permanente. **3. A concorrência do direito ao ambiente e do direito à moradia requer a compreensão dos respectivos conteúdos jurídicos segundo a qual a desocupação forçada e demolição da moradia depende da disponibilidade de alternativa à moradia.** 4. Cuidando-se de família pobre, chefiada por mulher pescadora, habitando há longo tempo e com aquiescência do Poder Público a área de preservação ambiental em questão, ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao ambiente, fica patente o dever de compatibilização dos direitos fundamentais envolvidos. **5. O princípio de interpretação constitucional da força normativa da Constituição atenta para a influência do conteúdo jurídico de um ou mais direitos fundamentais para a compreensão do conteúdo e das exigências normativas de outro direito fundamental, no caso, o direito ao ambiente e direito à moradia.** **6. Incidência do direito internacional dos direitos humanos, cujo conteúdo, segundo o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU (The Right to adequate housing (art. 11.1): forced evictions:**

20/05/97. CESCR General comment. 7), implica que "nos casos onde o despejo forçado é considerado justificável, ele deve ser empreendido em estrita conformidade com as previsões relevantes do direito internacional dos direitos humanos e de acordo com os princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade" (item 14, tradução livre), "não devendo ocasionar indivíduos "sem-teto" ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Onde aqueles afetados são incapazes para prover, por si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso a terra produtiva, conforme o caso, seja disponível." 8. Proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que o sujeito diretamente afetado seria visto como meio cuja remoção resultaria na consecução da finalidade da conduta estatal, sendo desconsiderado como fim em si mesmo de tal atividade. 9. Concretização que busca prevenir efeitos discriminatórios indiretos, ainda que desprovidos de intenção, em face de pretensão de despejo e demolição atinge mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira. A proibição da discriminação indireta atenta para as consequências da vulnerabilidade experimentada por mulheres pobres, sobre quem recaem de modo desproporcional os ônus da dinâmica gerados das diversas demandas e iniciativas estatais e sociais.

(TRF 4 - 3a T. - Ap. 2006.72.04.003887-4 - Rei. Roger Raupp Rios - DJ 10.6.2009).

Agravo de Instrumento. Reintegração de Posse. Insurgência do Município de São Paulo contra a determinação do Juízo de origem, que **condicionou sejam adotados, pela exequente, os meios necessários para abrigar as crianças deficientes e portadores de "Síndrome de Down", que estão alojadas em pequena e insignificante área pública, como condição para a efetivação da ordem de reintegração na sua posse.** Decisão mantida. Recurso não provido. — **"O Estado não é — e não pode ser — um fim em si mesmo. Também não se admite que esse mesmo Estado coloque a propriedade de bens públicos como valor que supere a vida humana e o bem-estar**

das pessoas que lhe outorgaram a prerrogativa de as proteger. Ademais, a invasão de terras improdutivas ou não aproveitadas convenientemente ou a ocupação de "sobras" mal utilizadas ou não utilizadas pelo Poder Público, por parte de pessoas doentes e desamparadas, está a revelar um desacerto social, um desvio de rumo e um indício de que alguma coisa não vai muito bem na distribuição de renda e no cumprimento dos objetivos do Estado, estabelecidos expressamente na Constituição Federal" (TJSP - 3a C. Dir. Público - AI 335.347-5/0 - Rel. Rui Stoco - j. 21.10.2003 - autos n. 9034112-37.2003.8.26.0000)

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Caso acolhida a presente tese, o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando os interesses dos habitantes das áreas em comento e se deparar com situações como aquelas acima narradas, pode se valer do raciocínio acima, tendo por fundamento os princípios e normas internacionais e constitucionais supra mencionados e corroborado pela jurisprudência acima colacionada, como forma de condicionar a remoção de tais habitantes a uma prévia e adequada alternativa habitacional a ser prestada em concreto pelos entes públicos responsáveis pelo ajuizamento de tais ações, em preservação do direito fundamental à moradia.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Na linha acima exposta, sugere-se que o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando os interesses dos habitantes de tais locais formule, nas defesas relativas às ações em comento ajuizadas pelos entes públicos, pedido subsidiário consistente em, acaso sejam julgadas procedentes tais ações, a remoção dos habitantes da área seja condicionada a uma prévia e adequada alternativa habitacional a ser prestada em concreto por estes entes públicos em favor dos mencionados habitantes.