



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DA CAPITAL**

Ref.: Inquérito Civil URB nº 136

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio dos Promotores de Justiça que esta subscrevem, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, previstas no art. 129, inciso III da Constituição da República Federativa; art. 173, inciso III da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; art. 25, inciso IV da Lei 8625/93; art. 34, inciso VI, alínea “a” da Lei Complementar 106/03 e art. 5º da Lei 7347/85, vem, ajuizar a presente,

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido de antecipação de tutela

em face do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público, CGC/MF nº 042498733/0001-48, com sede na Rua Afonso Cavalcanti, nº 455, Centro, Rio de Janeiro, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Meio Ambiente e do



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



Patrimônio Cultural da Capital, instaurou, em 13 de outubro de 2011, o Inquérito Civil MA nº 6.103 (cópia integral em anexo), tendo por objeto a apuração da notícia de construções irregulares e poluição na Comunidade Tijuquinha, na Estrada da Barra da Tijuca, nº 3.817, no Itanhangá/RJ.

Importante destacar que a partir de 19 de setembro de 2013, o Inquérito Civil passou a tramitar perante a recém-criada 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Defesa da Ordem Urbanística da Capital, tendo sido reautuado sob a numeração IC URB nº 136.

O Inquérito Civil URB nº 136 teve início diante do encaminhamento de peças de informação extraídas da ação de reintegração de posse nº 81.001.700952-6. O Inquérito Civil em apreço buscava apurar notícia de loteamento e construções irregulares na Comunidade da Tijuquinha.

Em setembro de 2010 os técnicos periciais do Grupo de Apoio Técnico Especializado do Ministério Público estiveram em vistoria no local (relatório a fls. 42/57) e, identificaram, à época, a existência de falta de controle urbanístico referente à expansão vertical, com edificações de quatro e até cinco pavimentos, aumentando o adensamento populacional já existente; inexistência de áreas de lazer; deficiência na coleta de lixo e limpeza do logradouro público; não operação da Estação de Tratamento de Esgoto existente; lançamento de lixo e lançamento *in natura* no córrego canalizado que atravessa a área e no rio situado na divisa com a Itanhangá Golf Club; poluição hídrica dos cursos d'água; potencial risco à saúde pública e o uso e ocupação inadequados em trechos de travessia do canal situado na via principal da Comunidade.

Por ocasião da vistoria, observou-se, também, a condição consolidada da Comunidade, com a predominância de ocupações residenciais e a existência de variado comércio local. Além disso, a área é urbanizada e dispõe de infraestrutura básica uma vez que foi declarada Área de Especial Interesse Social



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

em 1999 e objeto de implantação do Programa de Urbanização e Regularização “Bairrinho” entre 1999 e 2000.

A Subsecretaria de Gestão de Bacias Hidrográficas – Rio-Águas informou, em março de 2011, que expediu as notificações nº 75/2011 e 81/2011, solicitando aos responsáveis a demolição dos imóveis nº 7 e 9B situados à Rua Amendoeira por se tratar de Faixa *Non Aedificandi* – FNA - sobre o Canal do Branco, área de risco e potencialmente inundável, não sendo possível a sua legalização.

Em ofício enviado à Subprefeitura da Barra e Jacarepaguá, expedido pela Fundação Rio-Águas, de número 355/2011, foram solicitadas providências no sentido de demolir os imóveis construídos irregularmente na Faixa *Non Aedificandi* sobre o curso d'água, na Rua das Amendoeiras, Comunidade da Tijuquinha. Entretanto, não há notícias acerca da tomada das devidas providências pelo poder público.

Em dezembro de 2012, a Rio-Águas realizou uma vistoria para averiguação na Comunidade Tijuquinha em que se constatou que:

“(…) no que se refere ao rio Amendoeira, a sua margem esquerda está tomada por construções em estado já consolidado com tipologias diversas chegando algumas a atingir até quatro pavimentos. Se forem considerar o número de famílias, são centenas de moradias que estão ocupando a FNA (Faixa *Non Aedificandi*) do rio desde a Estrada da Barra até o deságue no rio Itanhangá.”

Em resposta ao ofício nº 223/2013, a Secretaria Municipal de Habitação afirmou que o complexo Tijuquinha está inserido no Programa de Integração de Assentamentos Precários – Morar Carioca Ciclo 2 com estimativa



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



inicial de realização de obras até 2016. Todavia, quando novamente demandada, em resposta ao ofício nº 342/2014, a SMH informou que o *“assentamento foi objeto de intervenções anteriores, não estando nos atuais contratos de projeto de urbanização”*.

Segundo o que restou apurado no inquérito civil, não foi adotada nenhuma providência que modificasse de fato a situação de ocupação da Faixa *Non Aedificandi* na margem esquerda do rio Amendoeira, na Comunidade Tijuquinha. Tampouco, foram tomadas providências no sentido de fiscalizar a construção de imóveis com diversos pavimentos, com objetivo de impedir a expansão vertical desorganizada no local.

A conduta omissiva do Município do Rio de Janeiro, ao permitir a ocupação irregular de área próxima ao rio e a construção irregular de imóveis com diversos pavimentos, sem prévio licenciamento, faz perpetrar uma situação de ***flagrante violação dos direitos fundamentais, ao direito à moradia digna e ao princípio à dignidade da pessoa humana***. Aqueles que residem irregularmente às margens do Rio Amendoeira estão submetidos ao risco de transbordamento e alagamentos em épocas de chuvas; bem como os habitantes das construções irregulares à insegurança das edificações, o que demonstra cabalmente o total descaso do Poder Público Municipal.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA DEMANDA

II. 1. OCUPAÇÃO IRREGULAR DO SOLO E AS CONSEQUÊNCIAS DANOSAS AO MEIO AMBIENTE

Como uma das consequências da crescente concentração da população nas grandes metrópoles, à procura de melhores condições econômicas e sociais, está a aglomeração de ocupações periféricas desprovidas de infraestrutura básica necessária, composta por uma sociedade que ocupa áreas inadequadas de



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

forma desordenada, causando sérios prejuízos aos cidadãos e ao meio ambiente como um todo.

A significativa demanda destas populações de baixa renda a procura de áreas de assentamento é um dos fatores que estimulam as ocupações em regiões inadequadas para habitação como áreas sujeitas a inundações freqüentes, faixas marginais de rios e lagoas, ocupações irregulares de encostas, áreas com solos susceptíveis a erosão, dentre outras.

A infraestrutura básica segundo a Lei 9.785, no art. 2º, § 5º é definida como equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgotos sanitários e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não.

A realidade não é sempre a estabelecida pelas leis de uso e ocupação do solo principalmente nos grandes centros metropolitanos, onde a infraestrutura básica muitas vezes não existe ou se encontra em condições mínimas para que haja um ambiente urbano adequado ao desenvolvimento do homem e sua qualidade de vida em comunidade.

II.2.1. As Faixas *Non Aedificandi* – FNA

A *Faixa Non Aedificandi* (FNA) é um instituto urbanístico diretamente relacionado às funções da Administração Pública, abrangendo qualquer área, às margens de rios ou não, que sofre limitação administrativa ao direito de edificar. Esta limitação pode ter diversas origens, como servidão de passagem, recuo do afastamento das edificações destinado ao passeio público, ou mesmo áreas situadas às margens dos rios e lagoas, que serão em regra abrangidas pela FMP - Faixa Marginal de Proteção (instituto ambiental).



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

Cabe ressaltar que, de acordo com o INEA, em cartilha elaborada para orientar as instâncias municipais no exercício da competência derivada de delimitação de FMPs, estas constituem em toda sua extensão área *non aedificandi*, isto é, não podem ter quaisquer edificações erguidas dentro de seu perímetro.

Conclui-se, logicamente, que as FMPs abrangem e coincidem, ao menos no caso dos rios, com áreas “*non aedificandi*”.

Portanto, a zona não edificável adjacente ao rio corresponde à área definida pelo legislador como FMP. Sendo assim, toda FNA ao longo dos rios deve ter, em qualquer caso, a extensão legalmente definida para a proteção das margens dos corpos hídricos, estando determinada primariamente no Código Florestal, que é legislação de hierarquia federal.

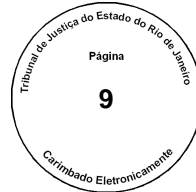
Nesse sentido, deve-se salientar que a jurisprudência converge no mesmo sentido do pleito autoral:

“Apelação. – Ação Civil Pública. – Construção irregular edificada em desrespeito à legislação ambiental. – Estando provada a legalidade do embargo da obra edificada de forma contrária à lei, correta foi a decisão que determinou sua demolição e recomposição da área degradada. – Honorários advocatícios que devem ser fixados nos mesmos moldes das demais ações de natureza civil. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ/RJ, 2006.001.51419 – APELACAO CIVEL, DES. JOSE DE SAMUEL MARQUES – Julgamento: 11/04/2007 – DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL). (destacou-se).”



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



II. 2. DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL EM MATÉRIA DE URBANISMO E SEU PODER-DEVER

No âmbito municipal, a atual Constituição Federal de 1988, como uma de suas inovações, possibilitou ao Município exercer o *status* de ente federado autônomo e em pé de igualdade com os Estados, Distrito Federal e União, muito embora existam algumas peculiaridades que os distinguem (art. 1º e 18).

Compete ao Município especificamente, segundo art. 30 da Lei Maior o seguinte:

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante, planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

O art. 182 da Carta Magna que dispõe sobre a Política Urbana, atribui ao Poder Público Municipal o dever de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

É perceptível a competência municipal em assuntos de interesses local, com especial atenção para o adequado ordenamento territorial e ocupação do solo urbano.

Vale trazer à baila o posicionamento de Eduardo Lima de Matos, na obra *Autonomia Municipal e Meio Ambiente*, Editora Del Rey,

“A percepção de uma nova estrutura constitucional exige uma avançada postura do administrador municipal, pois a Constituição outorgou poderes para a regulamentação de algumas atividades, bem como para a prestação de serviço de interesse local aos munícipes. Tais serviços, se bem planejados e



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

executados, poderão proporcionar o bem-estar da coletividade, como: saneamento básico, coleta de lixo, fornecimento de água tratada, vigilância sanitária, entre tantas outras de interesse do Município. É IMPORTANTE DESTACAR QUE O MUNICÍPIO TEM COMPETÊNCIAS E JÁ NÃO É MAIS POSSÍVEL TRANSFERIR A RESPONSABILIDADE para o poder central, como está registrado na história brasileira até o final da década de 80, quando os administradores municipais alegavam que a qualidade e a falta do serviço era de inteira responsabilidade do poder central, em Brasília.”

II. 3. DA OMISSÃO DO MUNICÍPIO-RÉU NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

O conceito legal de poder de polícia é previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, como atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público concernente aos direitos individuais e coletivos.

O ordenamento jurídico confere aos administrados uma série de direitos relacionados com o uso, gozo e disposição da propriedade e com o exercício da liberdade. Contudo, o exercício desses direitos não é ilimitado. Ao contrário, deve ser compatível com o bem-estar social ou com o próprio interesse do Poder Público, não podendo constituir obstáculos aos objetivos do Estado. Assim, o poder de polícia consubstancia-se “*na atividade do Estado em limitar o exercício dos direitos*



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



individuais em benefício do interesse público”, leciona Maria Sylvia Di Pietro, em seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, publicado pela editora Atlas.

Como bem assinala Celso Antonio Bandeira de Melo, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, editora Malheiros:

“No Estado de Direito inexiste um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada.”

Para que a questão seja melhor equacionada, necessário se faz ter em que vista que um dos princípios basilares da Administração Pública é o da legalidade, ou seja, da completa submissão da Administração às leis. Administrar, “é *aplicar a lei de ofício*”, já dizia o mestre Seabra Fagundes, em seu livro “O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, editado pela Saraiva.

No caso em tela, conforme ficou cabalmente comprovado acima, o Município Réu nada fez para conter a expansão na faixa *non aedificandi* do rio Amendoeira e a expansão vertical desordenada na Comunidade Tijuquinha, propiciando a violação de direitos fundamentais, tais como o direito à moradia digna e à dignidade da pessoa humana, com a omissão no dever de fiscalizar.

É oportuno lembrar que a Carta Magna de 1988 estabeleceu expressamente o dever de o Poder Público atuar na defesa do desenvolvimento urbano, com a incumbência prevista no art. 182, de adotar uma série de ações e programas que no seu conjunto constituem a política urbana do País, como providências indispensáveis à garantia da efetividade da garantia de bem-estar de seus habitantes.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

Frente à omissão do Município Réu, pode o Poder Judiciário compeli-lo a tomar as medidas necessárias. Julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça acertadamente julgou caso similar com extrema clareza:

“RESP 292846 / SP ; RECURSO ESPECIAL
2000/0133125-6 Relator(a) Ministro HUMBERTO
GOMES DE BARROS (1096) Órgão Julgador T1 -
PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 07/03/2002
Data da Publicação/Fonte DJ 15.04.2002 p.00172

Ementa: Se o Município omite-se no dever de controlar loteamentos e parcelamentos de terras, o Poder Judiciário pode compeli-lo ao cumprimento de tal dever.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.”

II.4.O DIREITO À MORADIA DIGNA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Diferentemente da propriedade - direito reconhecido desde à época do Código de Hamurabi, em 1.700 a.C, um dos conjuntos de leis mais antigos já



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

encontrado - o direito à moradia somente passou a assumir status de direito fundamental, nos Estados Democráticos de Direito, a partir do início do século XX. A evolução da doutrina dos direitos humanos - que perpassou tanto pelo Estado Liberal quanto pelo Estado Social - levou o reconhecimento desse direito a diversos pactos internacionais, até assumir relevo constitucional, pela primeira vez, no cenário mundial, pela Constituição Mexicana de 1917¹. Em seguida, o direito à moradia também foi reconhecido como direito social na Constituição Alemã de Weimar, de 1919.

A transformação histórica dos direitos fundamentais individuais foi inicialmente proclamada pelo Estado Liberal não intervencionista e pelos ideais da Revolução Francesa, que primavam pelos postulados de liberdade, igualdade e fraternidade, assim consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Posteriormente, já sob a égide do Estado Social, surgem os direitos fundamentais sociais, em razão do legado deixado pela Revolução Industrial e pelas crises sociais que fizeram despertar os movimentos socialistas da época, fazendo nascer a preocupação com a qualidade de vida não apenas do trabalhador, mas de toda a sociedade.

O conceito de direito à moradia adequada foi reconhecido pelo sistema de proteção aos direitos humanos e inserido na respectiva Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu art. 25, item 1². Seu reconhecimento foi mantido em diversos outros tratados e declarações internacionais de direitos humanos.³

¹ A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 05 de fevereiro de 1917, foi a primeira constituição social e já assegurava o direito à moradia digna em seu art. 4º: “*toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.*”.

² “Todos têm direito a um **padrão de vida adequado** de saúde e bem-estar para si e para sua família, incluindo alimentação, vestuário, **moradia**, cuidados médicos e os necessários serviços sociais, e o direito à segurança no advento de desemprego, doença, incapacidade, viuvez, velhice ou falta de condições da subsistência em circunstâncias acima de seu controle”.

³ Tais como no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, art. 11, item 1; na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, art. 5, alínea e, item iii; na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978, art. 9, item 2; na Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, art. 14, item 2, alínea h; na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, art. 27, item 3; na Convenção dos Trabalhadores Migrantes de 1990, art. 11.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



No Brasil, o direito à moradia somente foi erigido ao patamar constitucional no ano 2000, com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que o introduziu na Constituição de 1988, no Título II atinente aos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhe, dessa forma, status de direito social fundamental.⁴

Nelson Saule Júnior defende que as normas constitucionais relativas ao direito à moradia são dotadas de aplicação imediata, embora possuam conteúdo programático:

“Nas normas definidoras do direito à moradia a aplicação é imediata o que faz com que sua eficácia seja plena. Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto

1990, art. 43; na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989, arts. 13 a 19. O direito à moradia ainda é tratado em outros instrumentos internacionais como na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976, Seção III, item 8 e capítulo II, item A.3; na Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, capítulo 7, item 6; na Carta Social Européia, revisão de 1996, art. 31; na Agenda Habitat de 1996 e Comentários Gerais números 4 e 7 do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁴ Para maior aprofundamento sobre o tema consultar: SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2004; SAULE JUNIOR, Nelson. *O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro*. In: SAULE JUNIOR, Nelson. (Org.). *Direito à Cidade. Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. *Dos Cortiços aos Condomínios Fechados. As formas de produção da moradia na Cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: IPPUR, UFRJ, FASE, 1997, p. 212; OSÓRIO, Leticia Marques. *Direito à Moradia Adequada na América Latina*. In: ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio (org). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006; GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do Direito à Moradia Digna: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; GOMES, Rosângela Maria de Azevedo. *O Projeto Favela-Bairro e o Acesso à Moradia: O Usucapião e a Concessão do Direito Real de Uso como Instrumentos de Regularização Fundiária*. 2001. 231 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2001; CAVALLEIRO, Vinícius Leal. *O Direito à Moradia Adequada (Conceito, Fundamentos e Interligações com o Direito Ambiental)*. 2007. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2007; CARVALHO, Ana Carolina Vieira de. *O Direito à Moradia e o Direito ao Meio Ambiente: Conflitos e Possibilidades de Harmonização nas Ocupações Irregulares na Mata Atlântica*. 2008. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2008; VENANCIO, Patrícia Gabai. *O Direito à Moradia Digna: Um Novo Paradigma de Atuação do Ministério Público à Luz da Gestão Democrática da Cidade*. 2009. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim construir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida.”

II.5. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL

O teor do art. 1º, III da Constituição de 1988, o princípio da dignidade humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Espelha a máxima Kantiniana de que o homem é um fim em si mesmo.

A par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, acrescentou o legislador constituinte, no caput do art. 182, um novo direito fundamental da pessoa humana, direcionado ao desenvolvimento das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes.

Como bem salientou Clèmerson Clève, na obra “O Poder Judiciário na construção do Estado de Direito” diz que:

“O Estado não é um fim em si mesmo. O Estado só tem sentido enquanto veículo de realização dos direitos fundamentais.”



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



Para a maioria da doutrina nacional, pautada nas ideias de Robert Alexy, a aplicabilidade imediata dos direitos sociais estaria restrita a um núcleo mínimo de prestações imprescindíveis para uma vida com dignidade⁵. Dessa forma, é possível a tutela jurisdicional imediata no que tange ao núcleo essencial desses direitos.

Ana Paula de Barcellos demonstra que

“Da avaliação de todos os elementos apurou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em faixas diferentes de sua extensão. É possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àquelas que dizem respeito a condições materiais da existência, isto é, exigibilidade da prestação em si diante do Poder Judiciário – e essa constatação foi o objetivo principal do estudo. **Em suma: o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.** Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se

⁵ A teoria do mínimo existencial, na doutrina nacional, é defendida por Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*; Rogério Gesta Leal. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil: Possibilidades Materiais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Vol. I, Tomo I; Cláudio Pereira de Souza Neto. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*; José Reinaldo de Lima Lopes. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*; Ricardo Lobo Torres. *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*; GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

desenvolvem primordialmente outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias⁶.”

Ricardo Lobo Torres quando se refere à metamorfose dos direitos sociais prestacionais em mínimo existencial, afirma que “*sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem*”⁷. Exemplifica o mínimo existencial, referindo-se às condições iniciais de liberdade, entendidas como os pressupostos materiais para seu exercício.

O mínimo existencial consiste, portanto, em um complexo de interesses ligados à preservação da vida à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal⁸.

Tendo em conta este caráter prestacional deve-se estabelecer um critério para definir a extensão das prestações estatais, e este critério deve ser o dos **direitos fundamentais**.

Não pode ser compreendido apenas como um mínimo vital, como mera condição de sobrevivência, pois não se deve almejar apenas a sobrevivência, mas uma existência digna baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 05.

⁸ Gouvêa, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. 2003, p. 237.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro), previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.⁹

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe, assim, um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa. ***É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.***¹⁰

II.6. CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição traz uma série de finalidades estatais que se traduzem em direitos sociais garantidos aos administrados e que devem ser efetivamente realizados pelo Poder Público, agindo de acordo com a sua missão maior que é o atendimento do interesse público.

A leitura neoconstitucionalista que se faz de tais direitos é a de que se tratam não de orientações políticas, mas de normas jurídicas, que para a

⁹ AFONSO DA SILVA, José. Poder constituinte e poder popular. 2000, p. 146.

¹⁰ Guerra, Sidney e Emerique, Lilian Márcia Balmant. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



Administração Pública têm a natureza de obrigação de fazer, sendo possível buscar o seu cumprimento através do Poder Judiciário.

Assim, o instrumento utilizado até então para eleger prioridades (se é que seria possível falar em gradação de direitos fundamentais) era a discricionariedade do Administrador Público, que legitimamente eleito para representar o interesse de todos, estaria apto a escolher quais seriam as necessidades mais prementes de efetivação, e quais poderiam realizar-se num momento posterior.

É antiga a discussão sobre os limites da discricionariedade da Administração Pública na adoção de medidas administrativas com base em critérios de conveniência e oportunidade, quando se está diante de direitos fundamentais.

Todavia, este instrumento - a discricionariedade do Administrador Público - utilizado de forma isolada, no momento da realização da despesa pública, tem se revelado insuficiente, seja porque há um certo desvirtuamento na sua utilização, quando se elege necessidades que não são urgentes, seja porque os meios de efetivação de tais direitos, utilizados pelo administrador, tenham se revelado ineficazes.

A intervenção judicial é uma forma de garantir as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do homem, em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais esculpidos ou não na Constituição da República.

É oportuno também enfatizar que a partir do momento em que a Constituição institui a tutela do meio ambiente, da política urbana, da moradia digna e de tantos outros direitos sociais e interesses difusos e coletivos, expressa ou implicitamente, como deveres do Estado, neste mesmo instante cessou de haver autonomia para o Executivo decidir unilateralmente sobre a “oportunidade e conveniência” da implementação desses direitos. Tratam-se de regras cogentes,



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



incompatíveis, portanto com um suposto regime de “total liberdade e discricionariedade”. Afirmar que somente a Administração poderia aferir se há “interesse público” em cumprir a lei equivale a atribuir ao Poder Executivo o monopólio da definição do interesse público: seria negar a relevância da vontade popular manifestada através do Poder Legislativo (ou da própria Constituição), adotando-se como exclusivo critério a conveniência do administrador.

II.6.1. A Não Plausibilidade da Alegação da Reserva do Possível para Justificar a Inércia do Poder Público

A justificativa mais comum da Administração Pública para a omissão na implementação de políticas públicas é a escassez de recursos, sendo tal (in)disponibilidade financeira conhecida como “reserva do possível”.

Ada Pellegrini defende que não será suficiente a alegação por parte da Administração da inexistência de verbas. Esta deverá ser provada, vigorando, inclusive, a regra da inversão do ônus da prova constante do art. 6, VIII do Código de Defesa do Consumidor.¹¹

A escassez orçamentária não pode se tornar um fundamento para afastar a obrigatoriedade de implementação dos direitos fundamentais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, o Poder Judiciário não está proibido de determinar ao Estado o cumprimento destes direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcellos ensina que esse argumento não pode ser invocado quando se trata do mínimo existencial, pois seu conteúdo já define o conjunto de prioridades constitucionalmente eleitas para nortear a ação do Estado¹².

¹¹ Grinover, Ada Pellegrini. Judiciário pode intervir no controle do Executivo. Disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br/2009-mai-08>.

¹² BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 340-341.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

“Isto é: prioritariamente a qualquer outra atividade, cabe ao Estado empregar recursos para ao atendimento daquilo que se entenda, em determinado momento histórico de uma sociedade, o mínimo existencial. Assim, se algum indivíduo demonstra encontrar-se desprovido dos bens ou serviços inerentes a esse mínimo, é porque o Estado, em um momento anterior, terá agido de forma inconstitucional, destinando recursos a outros fins sem haver atendido, antes, a prioridade constitucional. Nesse contexto, ao empregar o conceito do mínimo existencial o juiz está dispensado de examinar o argumento da reserva do possível, uma vez que essa questão já terá sido avaliada quando da construção do próprio conceito.”¹³

II.6.2. Separação dos Poderes

Outro argumento utilizado pelo Poder Público para refutar a possibilidade do controle judicial das políticas públicas é a violação do Princípio da Separação dos Poderes, constante no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Refutando tal argumentação tem-se, em primeiro lugar, que o princípio constitucional da tripartição dos poderes visa à contenção do poder estatal em um único órgão. “*Ou seja, não se trata de um princípio para a organização do*

¹³ BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 341.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo”¹⁴.

Na nova ordem constitucional, o modelo tripartite de poder deve ser compreendido como o controle de um poder sobre o outro como forma de concretizar os objetivos buscados pelo Constituinte.

Não pode a repartição do poder estatal em funções atribuídas a distintos órgãos ser um empecilho à realização dos objetivos firmados na própria Constituição da República. Reconhece-se a necessidade de interferência de um poder em outro, de forma a viabilizar o efetivo controle dos atos públicos e não como forma de inviabilizar a concretização dos escopos constitucionais.

O controle das políticas públicas não afronta o princípio da separação de poderes, pois encontra seu fundamento diretamente na Constituição que confere ao Poder Judiciário ampla função jurisdicional. ***O Judiciário não terá a função de criar uma política pública até então inexistente, mas de determinar o cumprimento e a execução de obrigação já determinada, mas não implementada pelo Poder Público em decorrência da sua omissão.***

II.6.3. Discricionariedade da Administração Pública

A discricionariedade estará sempre ***vinculada*** aos princípios constitucionais. A Administração Pública estará sempre ***vinculada*** aos fins buscados pela ordem constitucional vigente que pretende, em matéria ambiental e urbanística, a preservação da sadia qualidade de vida contra ações degradantes.

¹⁴ Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? Revista Trimestral de Direito Público. n. 9, 1995, p. 40-48.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

É vedado ao Poder Público atuar de forma a gerar danos ambientais e urbanísticos ou a não evitar que estes sejam produzidos, devendo, portanto, a Administração Pública elaborar e implementar políticas públicas eficazes.

Não existe a possibilidade de deliberação por parte do ente municipal sobre a oportunidade e conveniência em implementar políticas públicas que recaiam sobre os direitos fundamentais sociais já determinados na Constituição.

A discricionariedade do Administrador consiste tão somente em eleger a melhor forma de consecução dos objetivos já delineados na Carta Magna. Mesmo esta escolha estará sujeita ao controle externo exercido pelo Poder Judiciário, visto a imposição constitucional presente no art. 37, *caput* quando elenca os princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente, no que se refere ao ***princípio da eficiência***.

Destaca-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo ao afirmar que se impõe à Administração o dever jurídico de escolher a melhor solução e não qualquer solução, ou seja, existe o “dever jurídico de boa administração”¹⁵.

Convém afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao ordenamento territorial adequado, ao saneamento básico e à moradia digna, constituem garantias constitucionais e sua preservação pelo Judiciário não significa interferência no Executivo, mas tão-somente a garantia de cumprimento dos escopos constitucionais.

Neste campo, os Tribunais Superiores vêm firmando novo entendimento acerca das políticas públicas. Dessa forma, o que antes estaria condicionado à mera vontade do Administrador Público, agora se submete à atuação do Poder Judiciário como órgão controlador da atividade administrativa.

¹⁵ Mello, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 1



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

É o que se depreende do informativo STJ, n.º 404, com base em julgado do STJ (REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009):

“ACP. CONTROLE JUDICIAL. POLÍTICAS PÚBLICAS.

Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. ***A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.*** Haveria uma distorção se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. ***Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.*** Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. ***A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário,*** pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do STF: MC na ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJe 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004. REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009.”



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228



No mesmo sentido encontra-se o julgado do STF - RE 410715 AgR de Relatoria do Min. Celso de Mello.

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes**, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. RE 410715 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22/11/2005.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

Não se pode deixar levar pela argumentação de que o ente municipal não dispõe de recursos suficientes para realocar as famílias que estão em situação de irregular. Tal fundamento não deve ser levado em consideração, tendo em vista que o poder discricionário do ente municipal encontra limitações nos direitos fundamentais presentes ou não na Constituição, entre eles o direito à moradia digna, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente, no que concerne à implementação de seu mínimo existencial.

A discricionariedade do Poder Público está em escolher o melhor meio, entre os meios possíveis, para realocar as famílias, não se podendo aplicar os critérios de conveniência e oportunidade para decidir se irá ou não realocar as famílias em questão, medida necessária ao cumprimento das obrigações constitucionalmente determinadas.

Ademais, o Poder Público tem o dever de fundamentar a utilização de verba pública na realização de determinada política pública em detrimento de outra, principalmente nos casos em que o próprio ente demonstra a necessidade e urgência de implementação de políticas públicas em determinada região, assim como diante da ocupação da faixa non aedificandi do Rio Amendoeira e da expansão vertical desordenada da Comunidade Tijuquinha.

IV – DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Diante de toda a argumentação acima expendida conclui-se ser inconcebível a manutenção da flagrante violação dos direitos fundamentais sociais ao meio ambiente e à moradia digna, assim como da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, todos com assento constitucional.

Assim, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil Pátrio:



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

(...)

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

A presença do *fumus boni juris* está consubstanciada na farta prova documental acostada aos autos uma vez que as construções irregulares ficam situadas nas proximidades das margens do rio Amendoeira, local definido por lei como área *non aedificandi*. Também, conforme vistoria realizada pelo Grupo de Apoio Técnico Especializado do Ministério Público no local, existem imóveis de quatro e cinco pavimentos, construídos sem o devido licenciamento da Prefeitura do Rio de Janeiro.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

Ademais, a manutenção da conduta omissiva do Poder Público Municipal, continua configurando verdadeira afronta à ordem constitucional, violando a efetivação de direitos fundamentais em seu mínimo existencial, tornando a matéria sindicável perante o Poder Judiciário, que deve intervir para fazer cessar a continuação do dano aos direitos da coletividade.

O *periculum in mora* é facilmente constatável, uma vez que durante anos de abandono pelo Poder Público Municipal, as margens do rio Amendoeira foram ocupadas, o que propicia o agravamento das enchentes, já que a vegetação ciliar, típica das margens dos rios, que as protege dos processos de erosão, foi retirada para a construção das residências. Ainda, a existência de imóveis acima do gabarito e construídos sem prévio licenciamento do órgão municipal coloca a população que hoje ali reside em situação risco, necessitando de realocação urgente.

Sendo assim, requer o Ministério Público, em caráter liminar, seja determinado ao Município-Réu:

1. A identificação de todas as construções irregulares existentes ao longo das margens do Rio Amendoeira e das construções com pavimentos acima do número permitido, sem prévio licenciamento, através de apresentação de planta locando a posição exata das construções, dentro do prazo de 90 dias;
2. O cadastramento das famílias a serem removidas para outro local apropriado e próximo, desde que de acordo com as normas ambientais, urbanísticas e edículas vigentes, dentro do prazo de 90 dias;
3. O desfazimento das construções já concluídas, as em curso e as que surgirem ao longo do tempo até solução final da presente demanda, dentro do prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, sendo certo que todas as famílias deverão ser previamente cadastradas e reassentadas, observando-se as normas legais pertinentes;



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

4. A apresentação de Projeto de Reflorestamento da mata ciliar, retirada para dar lugar às construções irregulares, com respectivo cronograma de execução, objeto de pedido de demolição, dentro do prazo de 90 (noventa) dias.

No intuito de garantir a eficácia da determinação judicial, pugna-se pela fixação de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de descumprimento, nos termos do parágrafo primeiro do art. 14 do Código de Processo Civil.

VII – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Ante todo o exposto, requer o Ministério Público:

- 1) A citação do Município-Réu para, querendo, contestar a presente, sob pena de revelia, aproveitando-se o mesmo ato para intimá-lo dos termos da decisão liminar;
- 2) A concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida nos termos acima propostos, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de descumprimento, nos termos do parágrafo primeiro do art. 14 do Código de Processo Civil;
- 3) Sejam julgados procedentes os pedidos formulados na antecipação de tutela, na forma e nos prazos acima transcritos, confirmando-se a liminar eventualmente deferida;
- 4) A condenação do Município-Réu, em obrigação de fazer, consistente na recuperação da área degradada ambientalmente em decorrência da ocupação irregular nas margens do Rio Amendoeira, dentro do prazo máximo de 12 (doze) meses;
- 5) Por derradeiro, a condenação do Município-Réu ao pagamento das despesas processuais e honorários sucumbenciais, sendo estes recolhidos



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA
Rua Rodrigo Silva, nº 26 – 7º andar – Centro/RJ Tel. 2240-2095 – 2240-2064 – Fax: 2262-3228

ao Fundo Especial do Ministério Público, na forma da Lei Estadual nº 2.819/97, regulamentada pela Resolução GPGJ nº 801/98.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO** receberá intimações na **2ª PROMOTORIA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA ORDEM URBANÍSTICA DA CAPITAL** sediada na Rua Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro, na forma legal.

O Ministério Público postula pela produção de prova documental superveniente, testemunhal e pericial.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil Reais), estritamente para os fins do art. 258 do CPC, em razão do valor inestimável.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2015.

Bruno de Faria Bezerra

Promotor de Justiça