

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/09/2013

All'indirizzo <http://w.diritto.it/docs/35484-a-colis-o-dos-direitos-fundamentais-ao-meio-ambiente-ecologicamente-equilibrado-e-moradia-no-caso-do-aqu-fero-rio-branco>

Autori: Alessandra Garcia Marques, Meri Cristina Amaral Gonçalves

A colisão dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à moradia no caso do aquífero Rio Branco

A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E À MORADIA NO CASO DO AQUÍFERO RIO BRANCO

Alessandra Garcia Marques*

Meri Cristina Amaral Gonçalves**¹

Resumo

O presente trabalho trata da colisão de direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado identificada num caso concreto que se encontra sendo discutido perante o Poder Judiciário do Estado do Acre, por meio de duas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, no qual, mesmo diante de um hard case, restou completamente ignorada a ponderação de direitos, em detrimento do Aquífero Rio Branco, recurso hídrico subterrâneo que se apresenta como a única alternativa para abastecer a população da capital do estado do Acre, num futuro bem próximo, em decorrência do grau de poluição do principal recurso hídrico da região, o rio Acre, o qual sofre fortemente os efeitos da devastação de suas matas ciliares, além do contínuo deságue de águas servidas em seu leito, desde o nascedouro no Peru, atravessando o território acriano, e desembocando no Amazonas. Fica evidente, no caso em comento, o desprezo pelas regras de interpretação do Direito e pela solução da colisão de direitos fundamentais, de mesmo modo que, como será demonstrado, o estado do Acre, mesmo tendo, por força da Constituição da República, o domínio sobre o referido recurso hídrico e, ademais, competência para dele zelar, optou simplesmente por edificar o projeto habitacional Cidade do Povo sem qualquer preocupação ambiental com o Aquífero Rio Branco. Ademais, além de apontar a imprescindibilidade de se realizar a ponderação de direitos fundamentais em casos nos quais, como o ora tratado, fica evidente a colisão desses direitos, busca-se demonstrar como o paradigma consequencialista influenciou as decisões judiciais, oportunidade em que o Poder Judiciário, deixando de ponderar direitos fundamentais, decidiu simplesmente condicionado previamente por valores ligados aos custos da não implantação do empreendimento habitacional. Defende-se, finalmente, a necessidade de criação de legislação destinada a proteger o Aquífero Rio Branco e sua área de recarga, regulamentar o uso de suas águas e o controle da qualidade dessas.

¹ * Promotora de Justiça de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Acre.

** Promotora de Justiça de Defesa do Meio Ambiente da Bacia Hidrográfica do Baixo Acre do Ministério Público do Estado do Acre.

Palavras-chave: Direito fundamental ao meio ambiente. Direito à moradia. Dignidade da pessoa humana. Colisão entre direitos fundamentais. Ponderação de valores. Paradigma consequencialista.

1 INTRODUÇÃO

No segundo semestre do ano de 2011, o Ministério Públíco do Estado do Acre instaurou, num trabalho conjunto entre Promotores de Justiça titulares das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente da Bacia Hidrográfica do Baixo Acre, de Habitação e Urbanismo, de Defesa do Consumidor e de Saúde Pública, um inquérito civil registrado sob o n.º 06.2011.00000866-0, com a finalidade de investigar notícia de descumprimento, pelo estado do Acre, das legislações ambiental, urbanística e referentes às licitações em vigor, em razão do projeto de construção de uma cidade dentro do segundo distrito da capital do Acre, a cidade de Rio Branco, projeto esse denominado Cidade do Povo.

Naquele momento, as notícias que chegavam ao Ministério Públíco eram oriundas dos meios de comunicação, a maioria orientados tacitamente pelo próprio Poder Executivo local, notícias essas elogiosas do Cidade do Povo, as quais davam conta de que se tratava do maior projeto de moradia popular da história do Acre. Apenas poucos meios de comunicação, mesmo sem o necessário conhecimento da legislação em vigor, deixavam evidenciar a possibilidade de descumprimento das legislações ambiental e urbanística, sendo que, já naquele instante, parecia evidente que o projeto Cidade do Povo, a começar pela escolha do local onde seria implantado, pelo empreendedor, o estado do Acre, e por sua intransigência em negociar outro local para a execução do projeto ou, pelo menos, medidas mitigadoras concretas dos danos ambientais decorrentes do empreendimento, seria executado a qualquer custo, e que o poder público faria tudo que fosse necessário para executá-lo, de modo que aquilo que era entendido pelos gestores públicos ligados ao projeto como entrave burocrático à sua execução, seria simplesmente atropelado, sobretudo no que dissesse respeito à legislação ambiental brasileira.

Tornou-se motivo de preocupação para o Ministério Públíco o fato de que, sem a necessária participação democrática, o plano diretor da Capital foi alterado, rapidamente, por duas ocasiões, de modo casuístico, para possibilitar a edificação do empreendimento localizado em parte sobre o Aquífero Rio Branco e, principalmente, sobre sua área de recarga, transformando-se exdruxulamente aquela área antes classificada legalmente como ZOC – Zona de Ocupação Controlada em ZPH – Zona de Proteção à Habitação, em detrimento de

sua anterior proteção legislativa mínima em face da fragilidade ambiental, para a qual, antes, repelia-se a ideia de grande adensamento populacional.

Aduzia-se a tanto o fato de que o empreendimento também não apresentava alternativas definidas de tratamento de esgoto tratamento para aproximadamente 10.650 unidades habitacionais, ou seja, sessenta mil pessoas em média.

Já se podia vislumbrar, portanto, desde a desapropriação milionária da área destinada à edificação do Cidade do Povo, que o licenciamento ambiental seria meramente formal e, tão grave quanto, que a licitação para a execução do Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA e a licitação destinada à execução das obras de infraestrutura seriam uma mise in scene patrocinada pelo estado do Acre às expensas do erário, sendo que fatos posteriores relacionados à Operação G-7, realizada pela Polícia Federal, os quais não são objeto deste trabalho, evidenciariam novas circunstâncias nebulosas que envolvem a licitação para a construção das ditas obras de infraestrutura do projeto.

De fato, o local escolhido para a edificação do Cidade do Povo, mesmo sem a existência de idôneo Estudo de Impacto Ambiental, situa-se sabidamente em parte sobre o Aquífero Rio Branco e, em sua maior medida, sobre a área de recarga desse recurso hídrico confinado.

Contando o procedimento investigatório com mais de seis mil páginas de documentos, o Ministério Público ajuizou duas ações civis públicas, duas ações criminais e uma ação de improbidade administrativa, após expedir duas Recomendações descumpridas in totum pelos recomendados, as quais visavam tratar, primeiro, da anulação do Termo de Referência concernente ao projeto Cidade do Povo, a fim de que novo termo, ao estipular diretrizes de elaboração do EIA/RIMA, pudesse cumprir, rigorosamente, a legislação ambiental em vigor; segundo, da rejeição do Estudo de Impacto Ambiental e seu Relatório referentes ao empreendimento Cidade do Povo, por não observarem as diretrizes gerais estabelecidas pelos arts. 5º e 6º da Resolução CONAMA n.º 01/86; e, terceiro, da consequente anulação do edital de convocação da audiência pública agendada para dia 08 de maio de 2012, por perda do objeto.

A segunda Recomendação versou sobre a anulação integral do procedimento licitatório de Concorrência Pública n.º 083/2012, com a consequente anulação de todos os atos administrativos, inclusive os relacionados à abertura das propostas dos licitantes, de modo que a licitação de obras e serviços de engenharia relativos ao projeto Cidade do Povo somente fosse realizada após a expedição da necessária licença ambiental, fazendo com que

os Projetos Básico e Executivo, o edital de concorrência e o contrato administrativo desse oriundo contemplassem todas as diretrizes advindas do licenciamento ambiental.

No presente artigo, que não tem por finalidade analisar minuciosamente o emblemático e pleno desprezo do Poder Judiciário pela questão referente à colisão de direitos fundamentais, até porque os processos ainda estão em andamento, sobretudo os cíveis, importa tratar da colisão dos direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado ecologicamente e à moradia, no caso concreto, e a solução da colisão por meio do princípio da proporcionalidade, com vista ao respeito à dignidade da pessoa humana.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O meio ambiente físico pode ser conceituado como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, o qual permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

A certeza que se tem hoje, mais do que nunca, é a de que coexistem uma superpopulação humana no planeta, a proliferação de direitos, a escassez de bens e, no Brasil, particularmente, um excesso de leis. Essa escassez de bens aliada à proliferação de direitos, evidentemente, propiciam a ocorrência de conflitos entre regras, a colisão entre princípios, entre regras e princípios e, ainda, a colisão de direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, a escassez de recursos, sobretudo os naturais, e a esgotabilidade de grande parte desses impõem a preservação do meio ambiente, em detrimento, inclusive, do mero conservacionismo.

Nesse sentido, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no ordenamento jurídico brasileiro, tem previsão constitucional, tanto quanto o direito à moradia, sendo que o ambiente é um bem jurídico difuso, lembrando que não existem direitos absolutos.

A Constituição da República, no art. 225, estabelece que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo. Na Constituição brasileira, aliás, foi destinado um capítulo inteiro para o tratamento do meio ambiente e do direito ao meio ambiente.

Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi consagrado constitucionalmente como direito fundamental de tríplice vertente: individual, social e transgeracional. Em sua dimensão individual, deve-se levar em conta que cada pessoa tem

direito à vida digna, o qual, necessariamente, perpassa pela efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado ecologicamente, enquanto na dimensão social tem-se em consideração que a Constituição tratou do ambiente como bem uso comum do povo, sendo que nesse tocante há discussões posteriores a 1988 indicando que o meio ambiente não seria bem público mas, sim, bem difuso pertencente à coletividade sob a gestão de entes públicos. Na dimensão transgeracional o meio ambiente é peculiar e expressamente um bem assegurado não apenas às presentes gerações, pois deve-se assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e também para as futuras gerações, dada a sua imprescindibilidade para a vida na Terra e a dignidade da pessoa humana.

É evidente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto da dignidade da pessoa humana, tanto que do ponto de vista fático é não plausível pensar em vida digna sem o ambiente ecologicamente equilibrado, pois não faz qualquer sentido igualmente fático e lógico ostentar-se o status de morador sem casa em condição de habitabilidade!

No ordenamento jurídico brasileiro, já a gestão das águas subterrâneas enfrenta desafio ainda maior do que o desafio de se proteger os recursos ambientais visíveis, pois são águas ocultas, e, além disso, a discussão das águas subterrâneas está ligada a dois recursos de enorme valor econômico e de interesse político, que são a água e o solo.

Além de serem ocultas, as águas subterrâneas ainda sofrem pelo fato de que sua compreensão depende de estudos científicos, sofisticados e caros. Ademais, em razão de serem ocultos os tratados recursos hídricos, os aquíferos não possuem apelo social, o que reflete na esfera política, de forma que as águas subterrâneas tornam-se ainda mais vulneráveis diante da ação humana.

No que diz respeito à competência relacionada às águas subterrâneas, se por um lado, de acordo com o art. 21, XIX, da Constituição da República, compete à União instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso, por outro lado, no que concerne à competência formal, estabelece o art. 22, IV, também da Constituição, que compete à União legislar sobre águas, sendo que no mesmo dispositivo permite-se, por meio de Lei Complementar, que os Estados legislem sobre a água, ao que se deve destacar que a competência para legislar em matéria de águas não pode ser confundida com aquela estabelecida para legislar e administrar as águas no viés ambiental, pois todos os entes federados têm competência para proteger o meio ambiente, enquanto compete concorrentemente ao três entes federados legislar sobre a defesa dos recursos naturais.

Na Constituição de 1988 a União e os estados dividem o domínio das águas, de modo que são bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais, ao passo que sob o domínio do estado estão as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

Depreende-se das normas constitucionais que as águas subterrâneas não sofrem alteração no seu domínio tendo em conta a sua extensão, pelo que independentemente dos limites dos aquíferos as águas subterrâneas pertencerão aos Estados.

Assim, diferentemente do que ocorria sob a égide do Código Civil de 1916 e antes do advento da atual Constituição, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, influenciado pelo movimento de constitucionalização do direito privado, deixou-se de prescrever que as águas subterrâneas pertencem ao proprietário do terreno.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

De acordo com José Afonso da Silva (2013: p. 317), numa concepção absolutamente conservadora, o direito à moradia consiste em ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar e residir com animus de permanência, na condição de recôndito para abrigar a família.

Antes da Emenda Constitucional n.º 26 de 2000, a Constituição da República previa, no art. 23, inciso IX, apenas que compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Com o advento da referida Emenda à Constituição, o direito à moradia passou a fazer, expressamente, parte do catálogo de direitos fundamentais sociais.

O direito à moradia, verdadeiramente, é um direito complexo, de cunho social, que não pode ser reduzido ao simples direito ter uma casa para habitar, em que pese também assim o seja. Na verdade, o direito à moradia tem estreita relação com a dignidade da pessoa humana elevada ao status de fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 3º, inciso III, sendo, inclusive, por força desse fundamento da República, um direito que, para ser efetivo, deve ser harmonizado, por exemplo, com o direito o meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme se apresente o caso concreto.

Tem-se que o direito à moradia é um direito fundamental tanto quanto o é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo que não vem em questão neste artigo a discussão acerca da eficácia do direito à moradia, a qual, por si só, permite extenso debate.

4 O AQUÍFERO RIO BRANCO ENQUANTO BEM AMBIENTAL FUNDAMENTAL A SER TUTELADO: A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO CONCRETO

O Aquífero Rio Branco vem a ser um recurso hídrico subterrâneo, que tem capacidade para abastecer aproximadamente 1.000.000 (um milhão) de habitantes, constituindo-se na única fonte alternativa para o abastecimento de água futuro na capital do estado do Acre, onde a fonte de captação atual, o rio Acre, encontra-se em flagrante processo de colapso.

Por se estar tratando da região amazônica, na qual ainda se destaca a exuberância de mananciais de água doce, muitos são levados a pensar em abundantes cursos hídricos caudalosos, todavia, não raramente há recursos hídricos não perenes, sendo que grande parte dos cursos hídricos amazônicos sofre considerável alteração anual, em razão da sazonalidade, da alternância de longos períodos secos, sucedidos por períodos de intensa pluviosidade. No Acre, o rio transfronteiriço que corta a região leste do Estado, o rio Acre, apresenta significativa variação em seu volume de água, a depender da época do ano. Em período chuvoso, tanto em razão do volume d'água proveniente de suas cabeceiras quanto em razão do severo assoreamento pelo qual passa, esse rio anualmente provoca enchentes. Por outro lado, no período de estiagem, tanto em razão dos baixos índices pluviométricos quanto da degradação de seus tributários, que estão sendo apropriados pela pecuária e piscicultura, o rio Acre agoniza, colocando em alerta o sistema de captação de água para o consumo na capital.

O rio Acre passa praticamente todo o período de seca com o nível de suas águas abaixo dos 2m (dois metros), sendo esse o momento em que as águas sofrem mais intensamente os efeitos da contaminação decorrente principalmente do deságue de esgoto in natura no referido corpo hídrico, uma vez que é praticamente irrelevante o tratamento de esgoto na capital. Soma-se a isso o significativo assoreamento que vem sofrendo, decorrente da ação antrópica, com a destruição da mata ciliar e, ainda, de causa natural, em razão ser considerado geologicamente um rio jovem, que ainda está a definir seu leito definitivo. Evidentemente, essa sinergia de fatores acima descritos leva ao que efetivamente ocorre na atualidade: um rio à beira do colapso.

Nesse sentido, o Aquífero Rio Branco, que não se encontra protegido no campo legal, enquanto recurso hídrico subterrâneo, ostenta a frágil condição de ser a única futura fonte de captação de água para o consumo humano na capital do Estado do Acre.

Todavia, em que pese a relevância ambiental do Aquífero Rio Branco, tal recurso encontra-se, paradoxalmente, ameaçado pelo empreendimento do estado do Acre denominado Cidade do Povo, cujas obras estão em andamento, em que pese, constitucionalmente, as águas subterrâneas estejam sob o domínio dos estados, in casu, do estado do Acre, que deveria delas zelar.

Aliás, ao mesmo tempo em que o estado do Acre pretende deve colocar em prática o Plano Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos, elaborado recentemente, acenando com a regulamentação da outorga destinada a permitir a exploração do Aquífero Rio Branco, na contramão, tenciona adensar a ocupação da área do referido recurso hídrico e de recarga dele, com a implantação do projeto Cidade do Povo.

Com efeito, o estado do Acre, por intermédio da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Obras Públicas - SEOP, está atualmente construindo, com recursos públicos, dentro do segundo distrito da capital do estado do Acre, Rio Branco, 10.659 (dez mil, seiscentas e cinquenta e nove) unidades habitacionais, no âmbito do Programa de Habitação Minha Casa Minha Vida II.

Para se compreender a dimensão desse empreendimento destinado a construir unidades residenciais populares, a segunda maior cidade do estado do Acre tem praticamente o mesmo número de habitantes que viverão somente na Cidade do Povo, sem se olvidar do impacto de vizinhança que esse empreendimento ocasionará.

Mas isso não é tudo, pois o empreendimento está situado em parte sobre a área do Aquífero e noutra parte sobre sua área de recarga, sendo vizinho do Distrito Industrial e, ademais, encontra-se situado dentro do segundo distrito de Rio Branco, uma área pobre e pouco urbanizada, caracterizada pela ausência de coleta e de tratamento de esgoto, por invasões urbanas e pelo crescimento desordenado.

Para a edificação do empreendimento denominado Cidade do Povo o estado do Acre promoveu a desapropriação, mediante Escritura Pública de Desapropriação Amigável, lavrada em 20 de março de 2012, no 2.º Tabelionato de Notas desta Comarca de Rio Branco, de uma área rural de 639,2644 ha, situada na BR 364, Km 05, no município de Rio Branco, matriculada no 1.º Cartório de Registro de Imóveis sob o n.º 30.176, pertencente a particulares, pelo valor de R\$ 15.986.712,69 (quinze milhões, novecentos e oitenta e seis mil, setecentos e doze reais e sessenta e nove centavos).

Em que pese nem fosse objeto do Inquérito Civil, naquele momento em que o Ministério Público iniciou a investigação, a questão referente à reserva legal da área desapropriada para a construção do Cidade do Povo, anteriormente, uma fazenda, situada na zona rural do município de Rio Branco, já chamava a atenção, pois o fato é que a reserva legal, antes mesmo da entrada em vigor do atual Código Florestal, foi averbada em uma propriedade situada em outra bacia hidrográfica distante de Rio Branco.

De qualquer forma, a preservação do Aquífero Rio Branco ficava ainda mais difícil, considerando-se, inclusive, a urgência em edificar a Cidade do Povo demonstrada pelo estado do Acre dia após dia.

As duas Recomendações formuladas pelo Ministério Público não restaram observadas, de modo que foram propostas duas ações civis públicas, uma destinada a tratar do procedimento administrativo de licenciamento ambiental prévio e outra, do licenciamento ambiental de instalação do empreendimento Cidade do Povo. Outrossim, foi proposta uma ação de improbidade administrativa, sendo que, no âmbito criminal, foram ajuizadas duas ações penais decorrentes da prática de crimes.

Fica claro no caso em tela que as questões ambientais, inclusive o princípio da precaução, aplicável na tutela do meio ambiente para os casos de incerteza científica, foram incapazes de sensibilizar a todos os sujeitos envolvidos no projeto Cidade do Povo: o próprio estado do Acre, que tem o domínio sobre esse recurso hídrico subterrâneo e competência para protegê-lo, o órgão licenciador ambiental do Estado, que, em que pese tenha no momento do procedimento administrativo destinado ao licenciamento ambiental prévio, incialmente, rejeitado o EIA/RIMA, feito em absoluta desconformidade com a legislação em vigor, após dois pareceres de rejeição, num terceiro parecer, sem fundamentação, embora seja essa uma exigência constitucional, aprovou o EIA/RIMA, o que resultou na expedição das duas licenças ambientais, primeiramente, a prévia e, à frente, de instalação; e, até o presente momento, o Poder Judiciário, que vem decidindo condicionado previamente pelo paradigma consequencialista desenvolvido por Lorenzetti (2010: p. 305-311), ou seja, pensando nos custos econômicos e sociais relacionados à possibilidade de se decidir em prejuízo do direito à moradia, desprezando a hermenêutica e as regras de interpretação do direito.

De acordo com Lorenzetti (2012:p. 305-311) os paradigmas trazem uma carga valorativa e abstrata maior do que os princípios, sendo eles valores prévios, que estão numa dimensão de pré-compreensão, tendo status anterior à regra, e condicionando as decisões.

5 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO DO AQUÍFERO RIO BRANCO

Interessa, efetivamente, neste artigo, demonstrar que se identifica neste caso concreto uma evidente colisão de direitos fundamentais, estando-se diante de um caso difícil, um hard case, pois a solução para o problema de interpretação da norma jurídica não decorre da simples subsunção do fato à norma.

É, nesse sentido, sabido que num sistema jurídico aberto, caracterizado pela coerência e unidade, apto a admitir que as normas jurídicas são constituídas por regras e princípios, podem ocorrer conflitos entre regras, colisão entre princípios, colisão entre regras e princípios e colisão de direitos fundamentais.

Reconhecidamente, os conflitos entre regras **aplicáveis ao mesmo fato** devem ser solucionados por meio das regras de antinomia, utilizando-se o método formal-dedutivo, conforme ensina Lorenzetti (2010: p. 210-212), que toma como referência Norberto Bobbio.

No conflito entre regras a discussão se dá sobre a validade de uma dessas normas, sendo que, nesse caso, se não puder ser solucionado o conflito por uma cláusula de exceção, certamente uma das regras necessariamente deverá ser invalidada.

Segundo Robert Alexy:

Um conflito entre regras somente somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (2012: p. 92)

Quando, por sua vez, se está diante de uma colisão de princípios, a situação, evidentemente, não será de invalidação de um desses, pois, tal como ensina Robert Alexy (2012: p.90), os princípios são “mandados de otimização”.

Lorenzetti (2010: p. 2012), que, nesse tocante, segue Alexy, diz que princípios são mandados de otimização, o que significa que a aplicação de um princípio não é absoluta. Deve, assim, em face dessa colisão, haver sopesamento entre os princípios, em face da existência do que Lorenzetti (2010: p. 214) denomina de campo de tensão, devendo ser realizada a ponderação para saber qual princípio prevalecerá, sem que se fale em invalidação de princípio. Na colisão de princípios, vale dizer, não se trata de invalidar um deles para a aplicação de outro, de modo que não são aplicáveis as regras de antinomia.

Para a solução da colisão de princípios apresenta a doutrina o princípio da proporcionalidade como parâmetro para a aplicação do Direito ao caso concreto.

Se houver, por sua vez, colisão entre regra e princípio constitucional, a solução poderá ser dada de duas formas: se a colisão for entre princípio constitucional e regra baseada em princípio constitucional deve ser aplicada a ponderação no caso concreto; se a colisão for de um princípio com uma regra não baseada em princípio constitucional, prevalecerá o princípio constitucional.

No caso ora descrito, está-se, evidentemente, diante da colisão de dois direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia. Nesse caminho, impende lembrar, conforme explica Lorenzetti (2010: p.82), que a Constituição é uma norma jurídica, não podendo ser considerada como uma simples carta política, sendo que na Constituição estão materializados os mais diversos anseios e interesses sociais.

E, quando se trata de direitos fundamentais, a doutrina específica que há de se fazer distinção entre concorrência de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais. Sobre a concorrência de direitos fundamentais diz Canotilho que:

(...) A concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os ‘pressupostos de fato’ de vários direitos fundamentais. [...] Uma das formas de concorrência de direitos é, precisamente, aquela que resulta do cruzamento de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. [...] Outro modo de concorrência de direitos verifica-se com a acumulação de direitos: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si; um determinado ‘bem jurídico’ leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. (2003: p. 1268-1269)

Quando se está diante da concorrência de direitos fundamentais, portanto, há um titular de direito e mais de um direito fundamental expresso que concorrem.

Canotilho, que diferenciou concorrência de colisão de direitos fundamentais, ensina que:

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. [...] A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. (2003; p.1270)

Nessa linha, deve-se dizer que a colisão de direitos fundamentais acontece quando direitos fundamentais colidem ou quando um direito fundamental colide com um bens constitucionalmente protegidos.

De qualquer forma, a solução para a colisão de direitos fundamentais, perfeitamente verificada no caso concreto do Aquífero Rio Branco, é a ponderação de direitos. Esta técnica

da ponderação defendida por Ronald Dworkin (2002: p. 40-42) - que, ao tratar dos princípios, assevera que possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm, de modo que, em caso de colisão, o que tiver maior peso se sobreporá ao outro, sem que este perca a sua validade -, de acordo com Canotilho (2003: p.1274) pode, aliás, ser efetivada tanto no legislativo quanto no judiciário.

Assim, uma vez que não existem direitos fundamentais absolutos, delimitado o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e constatada a existência de colisão de direitos fundamentais, verificada a presença de posições antagônicas, deve-se realizar a compatibilização entre os direitos fundamentais, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade.

Nessa senda, Alexy (2012: p.95) explica que colisão de direitos fundamentais deve ser considerada, segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios, dada a carga principiológica inerente aos direitos fundamentais. Sendo que o processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação.

Desse modo, por meio de juízos comparativos de ponderação dos direitos envolvidos no caso concreto, deverá ser providenciada a sua harmonização, a qual poderá resultar na redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos os direitos fundamentais, a denominada colisão com redução bilateral, na redução de apenas um dos direitos fundamentais, ou seja, na colisão com redução unilateral, se impossibilitada a redução bilateral.

Quando operada a redução bilateral, ambos os titulares de direitos fundamentais experimentarão limitação em seus direitos em benefício da preservação desses.

Já se houver redução unilateral, será possível o exercício conjugado de direitos fundamentais, por meio da relativização de apenas um dos direitos colidentes, tendo em conta que essa relativização visa impedir a neutralização do direito que não sofre redução.

Pode ocorrer, outrossim, no caso concreto, em que a colisão implique na exclusão do exercício de um direito fundamental em função de outro direito igualmente fundamental, porquanto a realização concomitante dos direitos em colisão é impossível, em face de que o exercício de um direito exclui o exercício de outro, devendo-se optar pelo direito que se encontra, no caso concreto, mais sujeito a uma grave lesão.

Nessa situação, haverá uma colisão excludente, a qual, todavia, não deve ser adotada como primeira ou segunda hipótese de solução da colisão entre direitos fundamentais, devendo ser adotada como a última opção.

A respeito dessas modalidades de colisão de direitos fundamentais, diz Canotilho:

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C). (2003: p. 1274)

O princípio da ponderação ou proporcionalidade possui três subprincípios, os quais são a necessidade, a adequação e a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade impõe que, na colisão de direitos, a solução a ser adotada deve ser aquela que traga menos prejuízo aos envolvidos e também à coletividade.

A adequação diz respeito à propriedade da restrição de direito fundamental ao fim a ser alcançado.

De acordo com a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito os direitos fundamentais em colisão devem ser analisados no caso concreto, com a finalidade de alcançar um resultado que seja satisfatório, de forma que o direito limitado seja menos oneroso do que o direito que deverá preponderar.

Diante disso, o que se impõe asseverar é que, no caso do Aquífero Rio Branco fica demasiadamente evidente que a questão principal a ser discutida é a colisão de direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à moradia, sobre o qual deve ser aplicada a ponderação de direitos.

Nesse caminho, embora as decisões judiciais até o presente momento proferidas silenciem sobre o método da ponderação utilizável para o caso de colisão de direitos fundamentais, a proporcionalidade em estrito senso, a necessidade e a adequação deveriam ser analisadas, com o propósito de definir se deverá haver uma redução bilateral ou unilateral de direitos fundamentais ou se será o caso de uma colisão excludente.

O caso concreto traz as circunstâncias que devem ser apreciadas na ponderação. E, assim, tem-se de um lado o direito à moradia, direito fundamental que é, sobre o qual se deve dizer que o estado do Acre, segundo estudo recente, acostado aos autos das ações civis públicas, não possui déficit no número de moradias. O Acre, um estado amazônico pobre e sem atividade econômica forte, caracteriza-se por déficit na qualidade de suas moradias, havendo, nesse contexto, programas estatais de regularização fundiária urbana, por meio do qual os acrianos recebem os títulos de propriedade de seus imóveis. Nesse sentido, é importantíssimo apontar que o programa Minha Casa Minha Vida, um programa do governo federal, destina-se não apenas a permitir a construção de novas moradias, como também

estabelece a possibilidade de requalificação das moradias. A isso deve-se frisar que não há qualquer estudo ou pesquisa que comprove a existência de famílias que nasceram e cresceram nas ruas no estado, até porque a invasão de áreas urbanas foi historicamente utilizada como meio de acesso à moradia no estado, tanto que, até nos períodos pré-eleitorais, as invasões eram incentivadas por políticos e grupos da sociedade civil, como forma de compelir o estado e reconhecer e conferir relevância no tratamento da questão da moradia.

Por outro lado, tem-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a ser tutelado como forma de assegurar o direito à vida, pois a cidade de Rio Branco, que cresce desordenadamente, depende apenas do rio Acre como fonte de captação de água para tratamento e distribuição pelo serviço público de tratamento e abastecimento de água. O rio Acre, conforme estudos recentes, encontra-se em processo de colapso iminente, apresentando nível de água inferior a 2m (dois metros) durante parte do período de verão amazônico. Matas ciliares destruídas, lançamento de esgoto in natura, desmatamento das áreas de floresta às margens do rio Acre pela atividade agropecuária, superexploração decorrente da atividade de piscicultura, todos esses fatores juntos atuam no sentido de ocasionar danos ambientais de difícil reparação ao referido recurso hídrico e à população que dele depende.

Não é demais frisar, porquanto é circunstância que deve ser levada em consideração no sopesamento a ser realizado em face da colisão de direitos fundamentais, que o Aquífero Rio Branco vem a ser um recurso hídrico subterrâneo que tem capacidade para abastecer 1.000.000 (um milhão) de habitantes, constituindo-se, além disso, na única fonte alternativa para o abastecimento de água na Capital do estado do Acre, onde a fonte de captação atual, o rio Acre, encontra-se em flagrante processo de colapso. Ademais, o Aquífero, cujas águas comunicam-se com o próprio rio Acre, circunstância que ao mesmo tempo o fortalece e fragiliza, está sujeito a ser ainda mais poluído, pois o empreendimento Cidade do Povo ainda não apresentou solução para o tratamento do esgoto das mais de dez mil unidades residenciais a serem construídas em parte na área de recarga e noutra sobre o próprio Aquífero.

Na ponderação de direitos, neste caso, deve ser levado em consideração que estudos realizados pela CPRM – Serviço Geológico do Brasil, juntados devidamente nos autos do inquérito civil que fundamentou as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, os quais não se confundem com o Estudo de Impacto Ambiental - rejeitado duas vezes pelo órgão ambiental e admitido na terceira sem a devida fundamentação -, apontam para o fato de que as características do solo sobre o Aquífero possibilitam a fácil contaminação desse recurso hídrico subterrâneo, que, aliás, já se encontra contaminado. Soma-se a isso o fato de

que, como o Estudo de Impacto Ambiental foi um mera compilação de fontes secundárias, no qual não foi realizado estudo hidrogeológico destinado a compreender o Aquífero e os reflexos do empreendimento Cidade do Povo para o próprio recurso hídrico e sua área de recarga, impõe no caso concreto a ausência de certeza científica sobre os impactos ambientais da obra sobre o Aquífero Rio Branco.

É de se esperar que não apenas o Poder Judiciário, como o Poder Legislativo, no exercício do processo legislativo, e também o Poder Executivo nas três esferas, Municipal, Estadual e Federal, que deve zelar pelo meio ambiente, realizem a ponderação de direitos fundamentais, quando da criação e implementação de políticas públicas destinadas a efetivar direitos fundamentais, coadunados com a ordem jurídica instituída pela Constituição da República.

Isso, todavia, incorreu no caso concreto.

Assim, é bastante admissível pensar que, antes de tudo e todos, o Poder Executivo Estadual devesse ter selecionado outro local para a construção do empreendimento, sem abrir mão dos recursos financeiros que seriam obtidos para edificação do Cidade do Povo, de forma que não haveria aniquilamento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Se, de outro modo, estivesse fundado num licenciamento ambiental consistente e conforme a legislação em vigor, respeitada a ampla participação popular na discussão, tendo em conta que essa participação dos envolvidos corroboraria a legitimidade da escolha, desde que tivessem sido minuciosamente identificadas as medidas concretas de mitigação de danos ao Aquífero Rio Branco e à sua área de recarga, dentre outras medidas, então, estaria devidamente justificada a escolha do local sobre o recurso hídrico e sua área de recarga, enquanto a melhor escolha dentre todas.

O Poder Judiciário, por sua vez, de modo grave, até o presente momento, deixou de enfrentar a ponderação de direitos fundamentais, mesmo diante das provas colhidas no curso da investigação civil realizada pelo Ministério Público, num caso de colisão de direitos fundamentais. Ao contrário, as decisões referidas estão imbuídas de uma carga valorativa e abstrata francamente voltada, exclusivamente, para as consequências econômicas de uma possível não implementação do empreendimento Cidade do Povo.

Nessa linha, as decisões deixaram de enfrentar a colisão de direitos fundamentais, de forma que não apreciaram a pertinência da redução bilateral ou unilateral, não tendo analisado até mesmo a adequação do caso à colisão excludente, como derradeira possibilidade. A imposição de medidas concretas mitigadoras, readequação do projeto ao adensamento populacional admitido para a área enquanto era classificada como ZOC – Zona de Ocupação

Controlada, ainda sob a égide de um plano diretor aprovado com a participação da sociedade, imposição de solução de tratamento de esgoto, obrigação do estado a edificar em outra área, absolutamente nada disso foi enfrentado pelo Poder Judiciário.

Enquanto nada disso ocorre, o Aquífero Rio Branco permanece legado ao mais completo abandono por parte do estado do Acre, que deveria zelar pela preservação desse indispensável recurso hídrico.

No que concerne à proteção dos aquíferos, tem-se a Resolução CONAMA n.º 420, de 28/12/09, que dispõe sobre critérios e valores orientadores de qualidade do solo quanto à presença de substâncias químicas e estabelece diretrizes para o gerenciamento ambiental de áreas contaminadas por essas substâncias em decorrência de atividades antrópicas; a Lei Federal n.º 9.433, de 8/01/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; a Resolução CNRH N° 91, DE 5/11/08, a qual dispõe sobre procedimentos gerais para o enquadramento dos corpos de água superficiais e subterrâneos; a Resolução CNRH n.º 92, de 5/11/08, que estabelece critérios e procedimentos gerais para proteção e conservação das águas subterrâneas no território brasileiro, e a Resolução CONAMA n.º 396, de 03/04/08, que dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas e dá outras providências.

Todavia, no que tange ao Aquífero Rio Branco e sua área de recarga não há legislação que verse sobre o tema.

O Aquífero Rio Branco, aliás, vem sendo explorado desordenadamente por particulares e, agora, está exposto mais do que nunca a riscos de contaminações decorrentes da implantação do empreendimento Cidade do Povo. A ausência de um marco legislativo estadual para o Aquífero pautado na necessidade de sua proteção e a completa falta de regulamentação de uso não eximem o governo do estado do Acre e a sociedade acreana da responsabilidade de defender e preservar o meio ambiente, conforme disposto no artigo 225 da Constituição da República. Essa realidade aponta para a necessidade de que sejam adotadas medidas de proteção urgentes, a fim de se assegurar que as águas desse grande aquífero garantam a vida e gerem riquezas.

Vem sendo negligenciado, sobretudo pelo estado do Acre, o fato de que a prevenção e o controle da poluição relacionados ao Aquífero Rio Branco são diretamente relacionados aos usos e classes de qualidade de água exigidos para esse corpo hídrico subterrâneo, e, ademais, que, poluídas ou contaminadas as águas subterrâneas, a remediação do dano é cara e lenta.

Portanto, encontrar um marco legal que vise primeiramente a proteção e, em seguida, os meios de gestão sustentável das águas contidas no Aquífero Rio Branco deveriam ser

prioridades do estado do Acre, pois a realidade aponta para a necessidade de que sejam adotadas medidas de proteção urgentes, a fim de se assegurar que as águas desse importante aquífero garantam a vida a todos que dela venham a depender.

6 CONCLUSÃO

É forçoso concluir que a colisão de direitos fundamentais deve ser solucionada pelo sopesamento, utilizando-se, para tanto, do método da ponderação de direitos, sendo que devem lançar mão desse método de solução de casos difíceis o Poder Judiciário, ao produzir suas decisões, o Poder Legislativo, quando do exercício de seu poder legiferante e, também, sobretudo no caso de se tratar de meio ambiente, o Poder Executivo, hipótese em que a colisão de direitos com redução bilateral deve ser perquirida como a primeira solução possível, colocando-se como segunda opção a redução unilateral e, como derradeira opção a redução excludente, tendo-se sempre como meta a harmonização de direitos fundamentais, porquanto, diante desses direitos é imprescindível dar argumento razoável e racional para que sofram alguma limitação.

Ao contrário disso, no caso do Aquífero Rio Branco não houve qualquer preocupação com a ponderação de direitos fundamentais, primeiramente, por parte do estado do Acre, ente público que, constitucionalmente, tem o domínio do indicado recurso hídrico subterrâneo, sem olvidar do próprio órgão ambiental licenciador, nem por parte do Poder Judiciário, que até o momento desconsiderou a colisão de direitos fundamentais e decidiu simplesmente condicionado previamente por valores ligados aos custos da não implantação do empreendimento habitacional, sob o evidente amparo do paradigma consequencialista, preocupado exclusivamente com os custos econômicos e sociais relacionados à possibilidade de se decidir em prejuízo do direito à moradia.

Por derradeiro, não se pode deixar de apontar a necessidade premente de se legislar com a finalidade de proteger o Aquífero Rio Branco e sua área de recarga, tendo em vista que a proteção desse recurso hídrico, em razão de sua relevância para a vida devidamente demonstrada neste trabalho, é pressuposto para assegurar a dignidade da pessoa humana.

7 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed., 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

- ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. n. 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 69.
- BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional. Revista dos Tribunais*, 58: 130-173, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de junho de 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7^a ed., 9^a reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. “A resolução das colisões entre princípios constitucionais”. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/101888/220981.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 de setembro de 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Tradução de Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- MELO JUNIOR, H.R. de; ROSA FILHO, S.; KUNZLER, J.C.S. *Modelo de gestão do aquífero Rio Branco*. Porto Velho: CPRM, 2010.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da Constituição*. 1^a ed., Belo Horizonte: Initia Via, 2012.
- ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. “Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2858>>. Acesso em: 22 de setembro de 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise*. 11^a ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VILLAR, P. C. *Gestão das Áreas de Recarga do Aquífero Guarani: o caso do município de Ribeirão Preto, São Paulo*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo. Nov. 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-26052010-100627/>>. Acesso em: 16 de junho de 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação de Tutela e a Colisão de Direitos Fundamentais”. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15394-15395-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2013.