

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ZONA URBANA

ANDREY FELIPE LACERDA

PORTO ALEGRE

2015

ANDREY FELIPE LACERDA

AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ZONA URBANA

Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista em Direito Ambiental.

ORIENTADORA: PROF.^a. VÂNESCA BUZELATO PRESTES

RESUMO

O presente estudo tem por escopo principal analisar o regime jurídico das Áreas de Preservação Permanente em Zonas urbanas, uma vez que tratando-se de meio ambiente urbano diversos problemas surgem por causa de uma proteção deficiente. Todos os anos, entre os meses de dezembro e fevereiro, os noticiários são tomados por problemas relacionados com a elevação dos cursos d'água e a inundação de casas e ruas, desencadeando uma série de tragédias que, quase sempre, poderiam ser evitadas por uma legislação mais eficaz. A interferência humana sobre os cursos d'água vem provocando enchentes e inundações das mais diversas formas. Em casos extremos, porém menos comuns tais situações podem estar relacionadas com rompimentos de diques e barragens, o que pode causar sérios danos à sociedade. Mas, quase sempre, essa questão está ligada ao mau uso do espaço urbano.

Outra questão que se põe no âmbito da proteção ambiental diz respeito às ocupações irregulares ou desordenadas do espaço urbano. Algumas áreas correspondem ao leito maior de um rio que, esporadicamente, inunda. Com a ocupação irregular dessas Áreas de Preservação Permanente sem plano de manejo adequado, as pessoas permanecem sujeitas à ocorrência de desastres. Além disso, o corte raso e sem autorização da vegetação nativa que compõe o entorno do rio pode intensificar o processo, uma vez que a sua função ambiental é justamente reter parte dos sedimentos que vão para o leito do rio e aumentam o nível das águas.

ABSTRACT

This study has the main purpose to analyze the status of the Permanent Preservation Areas in urban zones, as in the case of urban environment many problems arise because of a poor protection. Every year, between the months of December and February, the news are taken from problems related with the rise of water courses and flooding houses and streets, triggering a series of tragedies that often could be avoided by a more effective legislation. Human interference on the waterways has caused floods and floods in many different ways. In extreme cases, but less common such situations may be related to breaches of dikes and dams, which can cause serious harm to society. But almost always, this issue is linked to the misuse of urban space.

Another question that arises in the context of environmental protection concerns irregular or disordered occupations of urban space. Some areas correspond to larger bed of a river sporadically floods. With the irregular occupation of these permanent preservation areas without adequate management plan, people remain subject to the occurrence of disasters. In addition, clearcutting and without authorization of the native vegetation that makes up the surroundings of the river can intensify the process, as its environmental function is precisely to retain part of the sediment that go to the river bed and increase the water level.

SUMÁRIO

1. O DIREITO AMBIENTAL NA PÓS-MODERNIDADE.....	06
2. O ESTADO SÓCIO-AMBEINTAL E OS DEVERES DE PROTEÇÃO.....	12
3. OS ESPAÇOS TERRITORIALMENTE PROTEGIDOS.....	17
4. A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DA CIDADE.....	20
5. A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....	23
6. AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMENANTE EM ZONAS URBANAS.....	30
7. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.....	40
8. CONCLUSÃO.....	46

1. O Direito Ambiental na pós-modernidade

A principal fonte formal do Direito Ambiental é a Constituição da República. Mas o movimento ambientalista é anterior a própria ordem Constitucional de 1988, a concepção de uma sociedade civil organizada é resultado, em grande medida, das mobilizações sociais verificadas de modo emblemático a partir da década de 1960. O movimento ambientalista se coloca diante da crise ecológica gerada pelo ingresso na pós-modernidade.

A modernidade foi marcada, dentre outras características, pelo uso excessivo da racionalidade, pelo desenvolvimento e intensificação das descobertas científicas, pelo “domínio da moral kantiana, por explicações generalistas, pelo senso de unidade e de pertinência, por uma entronização da liberdade como princípio básico e pela crença irrefutável na infalibilidade da ciência”. Sob esta perspectiva, “a modernidade” costuma ser associada a alguns conceitos-chave como razão, ciência, técnica, progresso, emancipação, secularização e termos afins que denotam, por vezes, algo positivo ou negativo, a depender dos pressupostos de investigação do sujeito. Weber identifica o moderno como racionalização técnico-científica e conseqüente desencantamento do mundo; de outro lado, para a escola de Frankfurt, o moderno conduz à manifestação extrema de uma dialética suicida¹ que caracteriza a civilização “burguesa”. Habermas identifica o moderno como “tradição iluminista da civilização ocidental” e com sua luta a favor da emancipação humana.²

Para a corrente dos teóricos defensores da pós-modernidade; “o moderno” caracteriza a tendência em crer em legitimações universais do conhecer, do agir e do vivenciar (meta-narrativas), bem como pela inclinação a conceber o discurso temporal em termos de “novidade” e “superação”, que fundamenta uma compreensão histórico-evolutiva, que se orienta para um processo emancipatório dirigido para a liberdade, para igualdade e para o bem-estar de todos. Nesse sentido, a modernidade seria qualificada: (i) pela tendência a crer em visões globais de mundo, capazes de fornecer “legitimações” filosóficas ao conhecimento e a forma de agir no mundo; (ii) pela aptidão a conceber a história como um percurso “progressivo” de que os intelectuais e os cientistas conhecem os fins (liberdade, igualdade e bem estar) e também os meios capazes de realizá-los (difusão das luzes, revolução proletária, domínio da natureza, conquistas da ciência e da tecnologia); (iii) pela tendência a subordinar a

¹ ADORNO, Teodoro W.; HORKHEIMER, Marx. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1988.

² Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6ªEd. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 791.

multidão heterogênea dos acontecimentos e dos saberes à totalidade de forma e sentido previamente constituídos. Em oposição a essas linhas mestras do pensamento moderno, os pós-modernos contrapõem um conjunto de idéias alternativas: (1) desconfiança dos “macrosaberes” deterministas; (2) proposta de racionalidades “maleáveis” adaptáveis à coerência diante do contexto, baseadas na convicção de que não existem fundamentos últimos e imutáveis do conhecimento e da ação; (3) renúncia a conceber a história nos moldes de um processo universal capaz de funcionar como plataforma garantidora da humanidade rumo à emancipação e ao progresso; (4) defesa da tese de que o mundo não é um só, mas muitos (Vattimo); (5) adesão a uma ética do pluralismo e da tolerância formatada na base de uma sociedade complexa.³

Durante a modernidade a razão substituiu o Deus da tradição medieval, ocupando o posto de fundamento último de todas as coisas. Assim foram construídos os grandes sistemas filosóficos modernos, sobretudo no período do idealismo alemão, cuja filosofia de Hegel foi o grande expoente. A principal característica desses sistemas filosóficos está na ideia de fundação que, para Vattimo⁴, corresponde a uma estrutura inflexível, isto é, nesta perspectiva de pensamento tudo é compreendido a partir de uma base fixa de conceitos. Desse modo, podemos dizer que o objetivo do sistema filosófico é a homogeneização da totalidade mediante a construção de uma explicação geral (metanarrativa), ou seja, uma espécie de teoria do todo embasada em um princípio universal originário. O sistema significava muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de determinada matéria, pois representava a única maneira possível pela qual o espírito cognoscente conseguiria ficar seguro da verdade.

Nessa transição, os laços com a comunidade começam a se romper, libertando o sujeito das amarras da tradição determinada pelos estratos sociais para lançá-lo em teias de controle mais sofisticadas⁵, que serão criadas pelo império da razão, instrumentalizadas pela ideia de primazia da vontade, cujo corolário é o contrato e a propriedade⁶. O individualismo

³ *Idem*, p. 910.

⁴ VATTIMO, Gianni. A idade da interpretação. In: RORTY, Richard; VATTIMO, Gianni. **O futuro da religião: solidariedade, caridade, ironia**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2006.

⁵ PEREIRA, Luís Fernando Lopes. **Razão (crítica) moderna e direito: Por uma mentalidade jurídica emancipatória**. Disponível: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_racion_democ_luis_1_pereira.pdf. Acessado em: 21/08/2014.

⁶ O contexto histórico de emancipação da vontade do sujeito é marcado pela consolidação do liberalismo, em substituição a economia moral (que era paternalista e assistencialista ligada às corporações de ofício, onde eram controlados qualidade, quantidade e preço justo), levando o capitalismo agrário e a afirmação da propriedade e do lucro. Daí a relação entre liberdade moderna e propriedade, o contratualismo só permitia relações de troca

se constrói a partir da vontade positiva do sujeito, onde os vínculos sociais passam a ser vistos como fatos artificiais da exteriorização dessa vontade individual, que servirá de fundamento para a teoria dos direitos subjetivos, compreendidos como poder da vontade garantido a certo sujeito pelo direito objetivo. Tais direitos atribuídos seriam fruto da liberdade ilimitada de fixar os efeitos jurídicos às declarações de vontade, fazendo emergir a noção de contrato, posteriormente aportada para o Estado com as construções do contrato social entre livres e iguais.

Transformações também ocorrem na vida econômica, até então o comércio estava ligado à idéia de condição social e às determinações das corporações de ofício, as imposições canônicas de proibição da usura haviam impossibilitado o pressuposto de toda a atividade econômica: O lucro. Agora o desejo de ganhar liberta-se e encontra sentido no desenvolvimento da autodeterminação do indivíduo, os limites encontram-se na medida em que são definidos pelos próprios indivíduos e cristalizados numa ordem jurídica que permite a livre concorrência.

Este é o genoma do capitalismo, sistema econômico que permite a cada um ser possuidor do que for capaz de ganhar, a liberdade é o grande atrator de sentido da modernidade, o respeito à propriedade faz ruir as instituições sociais tirânicas do passado ancoradas na lógica do privilégio, inamovíveis e determinadas pela ordem divina. As normas jurídicas se tornam o instrumento necessário para garantir que o comerciante burguês possa realizar o tráfego jurídico, permitindo a circulação de riquezas.

Com o capitalismo também surge um novo humanismo, predicando uma nova percepção do sujeito no mundo, um sentimento extraordinariamente humano aparece: O ego; a partir da construção de uma imagem de mundo ilimitado e inexplorado, o homem passa a compreender-se como senhor de si próprio, sendo ele o único responsável pela construção do seu futuro. O despertar do ego é tão voraz que permite ao homem moderno arremessar uma pedra através dos arquétipos modernos; junto com os seus cacos caem toda justificação religiosa, considerada única meta-narrativa existencial válida, bem como toda a organização estamentária social, esfacelando por consequência a crença no determinismo místico.

Essa liberdade de movimento e afirmação pessoal institui um novo critério de valor do homem, ele não se diferencia pelo nascimento, mas pela competência daquele que arrisca e cria, pela fama, fortuna e glória.

O homem da Idade Moderna sente o inexplorado como atractivo. Estimula-lhe o desejo de explorar. Começa a descobrir e a conquistar novos continentes. Sente a possibilidade de se aventurar no mundo infinito e de se tornar o seu senhor. Ao mesmo tempo constitui-se a consciência da personalidade, própria da Idade Moderna. O indivíduo passa a interessar-se por si mesmo. É objecto da observação e da análise psicológica. Aparece o sentimento do que é extraordinariamente humano. O conceito de gênio ganha uma importância decisiva. Está relacionado com o sentimento do infinito do mundo e da história e constitui a medida com que deve ser julgado o valor do homem. Tudo isto será experimentado, como já foi dito, de duas maneiras. Em primeiro lugar, como liberdade de movimento e de afirmação pessoal. Aparece o homem senhor de si próprio, que actua, arrisca e cria, que é trazido pelo seu *ingenium*, conduzido pela *fortuna*, recompensado pela *fama* e pela *glória*⁷.

Entretanto, ao mesmo tempo em que ganha relevo a subjetividade e a personalidade daqueles capazes de buscar a fortuna e a glória, também surge à necessidade de se afastar as ervas daninhas. Para que o sujeito alcançasse o seu esplendor, era preciso submeter as populações dominadas a um exame completo, para transformá-las numa sociedade ordeira, segundo os preceitos da razão. O Estado moderno nasceu como uma força missionária, destinado proporcionar a ordem e estabilidade necessária para que as plantas úteis fossem cultivadas⁸.

A elevação do homem ao centro do universo também altera a sua relação com a natureza⁹, na concepção moderna o conceito refere-se de imediato ao conjunto das coisas, antes que o homem faça qualquer coisa nelas, isto é, um conjunto de energias, substâncias, essências e leis experimentadas como pressuposto da existência, algo a ser compreendido,

⁷ *Idem* p. 37.

⁸ Cf. BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 29.

⁹ Apesar dos grandes avanços tecnológicos herdados, o processo de dominação e instrumentalização da natureza intimamente ligado ao cientificismo e à acumulação capitalista, também legou um cenário de devastação ambiental, de exploração do homem pelo homem, guerras, fome e miséria, os quais são confortados pela indústria cultural de bens e serviços. Na visão Arnol Gehlen o “progrsso torna-se rotina”: as capacidades humanas de dispor tecnicamente da natureza se intensificaram a tal ponto que, enquanto novos resultados sempre se tornarão alcançáveis, a capacidade de disposição e planejamento os tornará cada vez menos “novos”. Na sociedade de consumo a contínua renovação de roupas, utensílios, automóveis etc. é fisiologicamente requerida para pura e simples sobrevivência do sistema; a novidade nada tem de “revolucionário” e perturbador, ela é o que permite que as coisas prossigam do mesmo modo. Destarte, o ideal de progresso torna-se vaizio, seu valor final é o de realizar condições em que sempre seja possível um novo progresso. Cf. VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: Nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 13.

categorizado e dominado pelo intelecto humano, transformado-se em utilidade para uma vida humana mais confortável e feliz.

Ao ver o mundo como <<Natureza>>, o homem situa o mundo em si mesmo; ao compreender-se como <<personalidade>>, torna-se senhor da sua própria existência; na vontade de <<cultura>> empreende construir a existência como sua obra.

O aparecimento deste conceito é contemporâneo com o da fundamentação da ciência da Idade Moderna. É desta que nasce a técnica, conjunto de processos que permitem ao homem prosseguir os seus fins. A ciência, a política, a economia, a arte, a pedagogia, afastam-se cada vez mais conscientemente dos vínculos da Fé e também de uma ética que impõe obrigações, e criam a sua autonomia a partir da sua essência. Enquanto cada um destes domínios particulares se fundamenta em si próprio, todos estão em princípio numa relação comum que se constrói a partir deles e que ao mesmo tempo os suporta. É a <<cultura>>, enquanto conjunto da obra do homem independente de Deus e da sua Revelação.¹⁰

Essa relação de instrumentalização da natureza foi responsável pelo progresso do mundo contemporâneo, bem como pelos avanços tecnológicos nos mais diversos campos do conhecimento. Entretanto, nos dizeres de BAUMAN o homem não soube lidar com os “refugos” do progresso, isto é, com as externalidades negativas. Com o luxo das grandes cidades também surge o extremo da pobreza, com novos e modernos automóveis surgem toneladas de lixo não reciclado, os problemas da globalização e da redução das fronteiras do mundo se refletem nos novos desafios para o meio ambiente.

Dessa forma, a pós-modernidade figurou como o retrato do insucesso da modernidade, de suas falhas, o homem aprende que a ciência não responde a todas as questões advindas da complexidade social, percebe que a instrumentalização da natureza pode causar diversos riscos para a sociedade. A igualdade entre os homens não passava do papel, tratando-se de uma igualdade formal, mas não material. A fraternidade, entendida como solidariedade entre os homens, estava caminhando na contramão, uma vez que as pessoas se tornavam cada vez mais individualistas e egoístas. A sociedade industrial, por sua vez, característica moderna, fruto do poder criador do homem, evoluiu para novos contornos, A revolução industrial do século XVIII foi apenas o impulso inicial do que se chama hoje de sociedade de risco, potencializada pelo desenvolvimento tecno-científico e caracterizada pelo incremento na incerteza quanto às conseqüências das atividades e tecnologias empregadas no processo econômico. Notadamente, a sociedade pós-moderna produz riscos que podem ser controlados

¹⁰ *Idem.* p. 42.

e outros que escapam ou neutralizam os mecanismos de controle típicos da sociedade industrial. A sociedade de risco revela-se, portanto, como um modelo teórico que marca a falência da modernidade, emergindo de um período pós-moderno, na medida em que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma. Os pilares da concepção moderna de civilização já não conseguem mais explicar os desenvolvimentos da ciência e da sociedade. Trata-se de uma crise de paradigma, uma crise própria da modernidade. Referida crise torna, praticamente, inviável qualquer tentativa do homem pós-moderno no sentido de calcular os riscos e os desafios a que se submete o meio ambiente no século XXI.

Observa, ainda, Milaré que “os avanços proporcionados pela ciência e pela técnica não significam necessariamente uma elevação do progresso e do bem-estar, como se pensou a partir da Idade Moderna, na linha de uma espécie de ‘otimismo técnico’”.¹¹ Ao contrário, continua o autor, “a racionalidade técnica deixa de ser encarada como um instrumento neutro para a promoção de objetivos da humanidade, sendo indiscutível a sua potencialidade para se converter em mecanismo de opressão do homem sobre a natureza.” Constata-se, pois, que aquilo que um dia foi motivo de esperança é hoje sinônimo de inquietação. A crise ambiental é percebida no descuido com a natureza, como sendo mais um dos fracassos da modernidade.

A sociedade pós-moderna é também uma sociedade de consumo, uma vez que este consumo deixou de ser um elemento na vida das pessoas e passou a ser a razão de sua própria existência. O homem de ontem, trabalhador, produtor, foi hoje substituído por máquinas de alta tecnologia, restando a ele a incumbência única de consumir aquilo que as indústrias produzem em massa. Há uma necessidade de se inserir no mundo pós-moderno por meio do consumo, de tal forma que aqueles que não têm potencial de consumir, vêm-se excluídos do sistema. Referida necessidade gera inquietude, mal-estar, depressão e condiciona a estrutura de valores do próprio homem, fazendo com que este, mais uma vez, sofra com a perda de referencial.

Vive-se, como visto, em um mundo pós-moderno, marcado pela sociedade de risco e pela crise ambiental. Diante disso, faz-se necessário analisar o desenvolvimento tecnológico e científico a partir de um novo paradigma epistêmico. Certo é que as vivências humanas são profundamente interdependentes dos ecossistemas, o que significa dizer que muitas

¹¹ MILARÉ, Édis. Amplitude, limites e perspectivas do Direito do Ambiente. In: Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental. MARQUES, José Roberto (org.). Campinas: Millennium, 2009, p. 140..

conseqüências imprevistas das ações intencionais do homem produzem efeitos decisivos sobre a natureza. Ao partir dessa premissa, defende-se o fenômeno da Ecologização do Estado e dos institutos necessários à efetiva defesa do meio ambiente, como o Direito. Sobre o tema, expõe Benjamin:

A ecologização do texto constitucional traz um certo saber herético, deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidarista – temporal e materialmente ampliada (e, por isso mesmo) prisioneira de traços utópicos – do nós-todos-em-favor-do-planeta. Nessa, comparando-a com os paradigmas anteriores, nota-se que o eu individualista é substituído pelo nós coletivista, e o típico welfarista (o conjunto de cidadãos em permanente exigência de iniciativas compensatórias do Estado) para agregar, na mesma vala de obrigados, sujeitos públicos e privados, reunidos numa clara, mas constitucionalmente legitimada, confusão de posições jurídicas; finalmente, e em conseqüência disso tudo, o rigoroso adversarismo, a técnica do eu/nós contra o Estado ou contra nós mesmos, transmuda-se em solidarismo positivo, com moldura do tipo em favor de alguém ou algo.¹²

A crise ecológica é também uma crise de valores, típica da civilização contemporânea. Demanda, pois, de forma emergencial, uma mudança de entendimento acerca do papel do homem na natureza, o que implica na transformação de comportamento e de valores da própria sociedade. Faz-se necessário que o homem identifique que a natureza tem valor de *per si* para só então começar a cuidar dela. A sociedade de risco e a crise ambiental fazem emergir, portanto, a necessidade de uma proteção mais abrangente da natureza. Uma vez aceita a possibilidade de falência da razão humana e da ciência, não é mais admissível ao Estado fazer “ouvidos de mercador” diante de tal problematização. Ao contrário, diante dos riscos ambientais a que se expõe a sociedade, é necessário que o Estado tutele o meio ambiente como elemento essencial à própria existência da humanidade.

2. O Estado Sócio-Ambeintal e os deveres de proteção

Para além da tutela específica ambiental, verifica-se que a abordagem do Direito Constitucional do Meio Ambiente envolve a atuação dos entes públicos e privados na prevenção e promoção da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana em suas múltiplas dimensões. O fundamento legal para essa proteção está na interpretação conjugada dos arts. 225, 5º, § 1º, § 2º, 6º *caput* e 3º da Constituição da República que apontam para um novo modelo de Estado.

¹² BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (org.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58

Destarte, a abordagem sempre transversal do direito Constitucional justifica-se em razão da importância que a qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental têm para o desfrute, a tutela e a promoção dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) – como, por exemplo, vida integridade física, propriedade, saúde, educação, moradia, alimentação, saneamento básico – o que situa a proteção do ambiente, por si só, como um dos valores fonte do nosso Estado de Direito. A dimensão ambiental, para além do art. 225 da Constituição da República, constitui verdadeiro princípio estruturante da forma de Estado adotada pelos constituintes de 1988, sendo certo que a proteção e promoção da qualidade ambiental implica em maior efetividade dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões. Assim, a degradação do meio ambiente pela ação ou omissão humana resulta, na grande maioria das vezes, em violação reflexa ou direta aos direitos fundamentais do indivíduo, dos grupos de vulneráveis ou da coletividade como um todo. Nesse sentido, destaca-se o caso dos agrotóxicos relatado por Carson e Lutzemberger¹³, na época à frente do movimento ambientalista brasileiro, em que estudos realizados em animais e seres humanos demonstraram que o uso de agentes químicos causou diretamente inúmeros problemas como contagem baixa de espermatozoides no sêmen, infertilidade, deformações genitais, cânceres desencadeados por hormônios em próstata e mama, desordens neurológicas em crianças dentre outros problemas relacionados com a saúde e a qualidade de vida das pessoas. No tocante a destruição de vegetação nativa, destaca-se o caso da Floresta Amazônica brasileira, bem como as questões ligadas ao Pantanal Mato-Grossense, denunciadas mundialmente por Chico Mendes na década de 1980 que ainda estão longe de serem resolvidas, especialmente por causa do avanço descontrolado das “fronteiras” agrícola e pecuária sobre a área florestal, acompanhados de incessantes queimadas e desmatamentos.

Já no que concerne ao meio ambiente urbano a situação não é diferente. Todos os anos, entre os meses de dezembro e fevereiro, os noticiários são tomados por problemas relacionados com a elevação dos cursos d’água e a inundação de casas e ruas, desencadeando uma série de tragédias que, quase sempre, poderiam ser evitadas por uma proteção ambiental eficiente. A interferência humana sobre os cursos d’água vem provocando enchentes e inundações das mais diversas formas. Em casos extremos, porém menos comuns tais situações podem estar relacionadas com rompimentos de diques e barragens, o que pode

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 243.

causar sérios danos à sociedade. Mas, quase sempre, essa questão está ligada ao mau uso do espaço urbano.

Um problema que parece não ter uma solução rápida é o elevado índice de poluição, causado tanto pela ausência de consciência por parte da população quanto por sistemas ineficientes de coleta de lixo ou de distribuição de lixeiras pela cidade. Além do mais, há problemas causados pela poluição gerada por empresas e outros órgãos do próprio Estado. Com isso, ocorre o entupimento dos bueiros que seriam responsáveis por conter parte da água que eleva o nível dos rios. Além disso, o lixo gerado é levado pelas enxurradas e contribui ainda mais para elevar o volume das águas.

A ocorrência de enchentes nas cidades também pode estar relacionada com problemas nos sistemas de drenagem. Às vezes, não há bueiros ou outras construções que seriam responsáveis pela contenção ou desvio da água que corre para os rios, provocando a cheia. Além disso, somente a construção de bueiros e sistemas de drenagem pode não ser suficiente, isso porque as demais ações antrópicas podem elevar gradualmente a vazão das enxurradas ao longo dos anos, fazendo com que as drenagens existentes não consigam atender toda a demanda. Outra questão que se põe no âmbito da proteção ambiental diz respeito às ocupações irregulares ou desordenadas do espaço urbano. Algumas áreas correspondem ao leito maior de um rio que, esporadicamente, inunda. Com a ocupação irregular dessas Áreas de Preservação Permanente sem plano de manejo adequado, as pessoas permanecem sujeitas à ocorrência de inundações e desastres. Além disso, o corte raso e sem autorização da vegetação nativa que compõe o entorno do rio pode intensificar o processo, uma vez que a sua função ambiental é justamente reter parte dos sedimentos que vão para o leito do rio e aumentam o nível das águas.

Em relação ao meio ambiente e assentamentos humanos, os documentos e diretrizes atuais priorizam a conservação e gerenciamento dos recursos naturais e melhoria da qualidade de vida, que estão intrinsecamente relacionados ao homem e suas atividades. Certamente há algumas necessidades que não mudam: Necessidade de ar fresco, água potável, certa quantidade de alimento por dia, espaço para dormir e estar, pessoas para interagir, etc.. compõe o âmbito de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana nos espaços urbanos. O processo de urbanização brasileira da cidade funcionalista, tratada pelo Estado como espaço, a ser dotado de serviços suficientes e adequados à sustentação de um modo de produção típico da sociedade capitalista, vem se transformando no estuário da segregação social e de degeneração do ambiente urbano devido, principalmente a especulação imobiliária de estrutura fundiária caótica, à não conformidade da função social da propriedade, bem como

pela insuficiência de recursos aos programas habitacionais e aos programas de saneamento básico, a não participação efetiva da comunidade na administração de seu espaço dentre outros fatores. Estes fatos contribuíram para gerar e agravar os problemas sócio-ambientais nos centros urbanos brasileiros.

Para solucionar esses problemas o ordenamento jurídico impõe deveres de proteção centrados nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos, bem como na Constituição da República, os quais se dirigem não só ao Poder Público, mas também aos entes privados, esses deveres fundamentais vinculam-se, de certa forma, ao que se designa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, caracterizada como uma ordem de valores imposta aos indivíduos. Assim, compreende-se que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser considerando não só sob a perspectiva de direito subjetivo, isto é, considerado exclusivamente com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sobre o viés da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se tratam de valores, fins e metas que esta deve respeitar e concretizar. O direito ambiental, como ressaltado, surge diante de um contexto de crise ecológica gerada pelo intenso ganho de complexidade da sociedade pós-moderna, que dia após dia gera novos riscos e desafios para a manutenção do equilíbrio e da sustentabilidade dos recursos naturais. Assim, a idéia de responsabilidade comunitária dos indivíduos, é retomada e fortalecida com o surgimento do Estado Social intervencionista, onde os indivíduos não podem ser considerados desligados dos valores comunitários que preenchem o espaço normativo da comunidade estatal onde se movem, mas, pelo contrário, encontram-se vinculados pelo dever jurídico de respeitar e promover os valores constitucionais, especialmente àqueles que refletem nos direitos fundamentais dos demais indivíduos que integram a comunidade.

De modo a acompanhar essa perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 já apontava para a dimensão dos deveres e responsabilidades do indivíduo no exercício dos seus direitos humanos, ao declarar em seu art. 29 que: “todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”, bem como que” no exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”. Nessa esteira também se encontra a previsão normativa de deveres humanos no Pacto Internacional

dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, ao dispor, no seu preâmbulo, que “ o indivíduo, por ter deveres para com os outros indivíduos e a comunidade que pertence, está obrigado a procurar a vigência e observância dos direitos reconhecidos nesse Pacto”. Ainda no âmbito internacional, merece registro as prescrições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000, que prevê também no seu preâmbulo que o gozo dos direitos incorporados a essa carta “implica responsabilidade e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras. Conforme se percebe de tal passagem, a Carta dos Direitos Fundamentais já insere a discussão dos deveres fundamentais no campo dos deveres ecológicos ao elucidar os interesses das futuras gerações. No plano dos direitos humanos, também merece destaque o art. 32 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a correlação entre deveres e direitos ao determinar que: “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”. No mesmo sentido encontra-se o Preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) dispondo que” o cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente a toda atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.

Destarte, o direito humano e fundamental a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado é um exemplo paradigmático de um direito-dever, fundado no princípio da solidariedade, objetivo fundamental da República (art. 3º, I, CRFB), tendo como marca distintiva um peso maior na sua perspectiva objetiva no que concerne a sua conformação e densificação. Os direitos de solidariedade, conforme sinalizado anteriormente propõe uma nova visão para a tutela dos direitos fundamentais, mitigando a visão clássica dos direitos liberais de primeira dimensão que visam o afastamento do Estado nas atividades individuais. Ressalte-se que este direito-dever de proteção ambiental tem aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, §1º da Constituição da República e seu núcleo essencial está protegido contra a ação erosiva do legislador por força do art. 60, § 4º, IV, integrando o subsistema de proteção diferenciada dos direitos fundamentais, haja vista a abertura material do catálogo (art. 5º, § 2º, CRFB).

No que tange as suas funções, verifica-se que o regime jurídico-constitucional deste direito-dever de proteção ambiental envolve as dimensões defensiva (negativa) e prestacional (positiva), a depender do caso concreto, consoante impliquem para o destinatário, um comportamento positivo (obrigação de fazer) ou negativo (obrigação de não fazer). Sendo

certo que diante da complexidade da tutela ambiental, nem sempre será possível o seu enquadramento exclusivo em alguma dessas categorias, tornando-os, simultaneamente, com carga normativa defensiva e prestacional, como é o caso dos deveres de defesa e promoção da saúde.

Nesse sentido, esclarece Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer:

O estudo prévio de impacto ambiental, previsto no art. 225, § 1º, III da CF88, constitui, nesse sentido, manifestação do dever fundamental de proteção ambiental, limitando o direito de propriedade, a autonomia privada e a livre iniciativa dos atores econômicos e condicionando o exercício dos referidos direitos à realização de um comportamento positivo, ou seja, a realização do estudo de impacto ambiental para legitimar juridicamente a instalação de obra ou atividade causadora ou potencialmente causadora de significativa degradação do ambiente, ao qual se deverá dar publicidade – também caracterizando o dever de informação ambiental dos particulares. De certa forma, são deveres anexos ao exercício do direito de propriedade (e também da livre iniciativa) impostos em decorrência de limitações de cunho ecológico. A inversão do ônus probatório em processo judicial, no sentido de obrigar determinado particular poluidor a prestar informação sobre questão ambiental relevante, também acaba por caracterizar dever de informação ambiental, com conteúdo nitidamente prestacional.¹⁴

3. Os espaços territorialmente protegidos

O fundamento constitucional para que o Poder Público possa instituir unidades de conservação está no inciso III do artigo 225 da Constituição da República.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

A norma constitucional estabelece obrigações de fazer, cujo destinatário é o Poder Público em todos os níveis da federação. Assim, por determinação constitucional este deverá não só definir as áreas especialmente protegidas, como também indicar quais dos elementos existentes no seu interior não merecem proteção especial. Esta demarcação é feita com base

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 243.

no poder de polícia administrativo, que autoriza a intervenção estatal na propriedade e na liberdade dos particulares com vista à promoção do interesse público primário e do bem comum. A partir da norma constitucional a legislação opera na delimitação do campo de exercício do direito de propriedade e da livre iniciativa, sendo assim a definição das áreas a serem especialmente protegidas poderá ser feita mediante leis ou decretos, conforme o caso concreto. Entretanto, nos termos da Constituição, a supressão e alteração dessas áreas só poderá ser feita por lei, uma vez que o constituinte atribuiu à Administração o dever de demarcar as áreas a serem especialmente protegidas mas não admitiu que esta pudesse promover alterações e supressões sem o consentimento do Congresso Nacional. Conforme o regime ditado pela norma, verifica-se que não há proibição de que essas áreas pudessem ser utilizadas e exploradas economicamente, contudo, proibiu-se a utilização que alterasse as características e os atributos essenciais que deram fundamento à especial proteção. Cada modelo de unidade de conservação corresponde a um determinado padrão de atividade econômica, social ou recreacional permitido com o escopo de adequar a proteção ambiental com o desenvolvimento sustentável.

Áreas protegidas são áreas que, devido às características especiais que apresentam, devem permanecer preservadas. O grau de preservação é variável, considerando-se o tipo de proteção legal específico de cada uma dessas áreas consideradas individualmente e a classificação jurídica que tenha sido estabelecida para cada uma delas. A proteção pode variar desde a intocabilidade até o uso diário e relativamente intenso. As áreas protegidas são denominadas tecnicamente de unidades de conservação ou de áreas de preservação permanente. A diferença está no tipo e na forma de proteção jurídica que se dá em cada um dos espaços. Ambas são instituídas por leis federais de mesma hierarquia, sendo que as APP's pelo Código Florestal, a lei 4.771/65, e as UC's pela lei 9.985/2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC). Entende-se por APP, aquela área, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, definição esta extraída do art. 1, § 2o, inciso II da lei. São áreas que já estão definidas na lei, sendo elas as florestas e demais formas de vegetação natural de acordo com a localidade onde se situam, seja, a margem de um rio, uma lagoa, topo de uma montanha, enfim, conforme dispõe o art. 2º do Código Florestal

Significa dizer que essas florestas e formas de vegetação, já se encontram protegidas *ex lege*, e não podem ser suprimidas, ressalvados os casos de utilidade pública ou de interesse social no qual poderá ser autorizada a supressão, desde que devidamente caracterizada e motivada em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, ao contrário disso resta configurado um crime ambiental.

No que tange as Unidades de Conservação, de acordo com o texto legal, é considerado todo espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes. São legalmente instituídas pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção, conforme o art. 2º, inciso I, da lei que a instituiu. O processo de criação de Unidades de Conservação deve ser precedido da regulamentação de lei própria, de estudos técnicos e de consulta pública, sob pena de nulidade do ato, dividem-se em dois grupos: (i) Unidades de Proteção Integral e (ii) Unidades de Uso Sustentável. No primeiro grupo deverá ser observada a manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, sendo admitido, via de regra, apenas o uso indireto dos seus atributos naturais. Nesse grupo o objetivo básico é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto, isto é, aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais. Integram esse grupo: a Estação Ecológica, a Reserva Biológica, o Parque nacional, O Monumento Natural e o Refúgio de vida silvestre. Já nas Unidades de Uso Sustentável, dar-se-á a exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo-se a biodiversidade e os demais atributos ecológicos de forma racional, economicamente viável e socialmente justa. Nesse grupo o objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso e o consumo sustentável de parcela dos recursos naturais, sendo o mesmo composto pela: Área de Proteção Ambiental (APA); Área de relevante interesse ecológico; Floresta Nacional; Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de desenvolvimento sustentável; Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Enquanto as APP's se restringem as florestas e demais formas de vegetação, as UC's possuem uma abrangência maior, com proteção de diversos bens naturais, além disso não são áreas previamente delimitadas, dependem de estudos técnicos e consulta popular, para que sejam definidas suas dimensões, limites, quais atributos naturais serão protegidos, e

principalmente em qual grupo serão enquadradas, seja de Proteção Integral ou Uso Sustentável.

Cabe ressaltar que após definida a localidade, as UC's são instituídas por um ato do Poder Público, geralmente um decreto do Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal, e havendo necessidade de criá-las em áreas particulares, estas serão desapropriadas, com as respectivas indenizações. Em contrapartida, algumas UC's, podem ser criadas em áreas particulares, que devem observar as regras do Plano de Manejo e caso não sejam observados os objetivos deste documento, poderão ser desapropriadas.

Por fim, constata-se que são áreas com características distintas, inclusive na sua forma de criação, todavia, possuem um único objetivo que é a proteção pelo Poder Público, que visa garantir a preservação dos bens ambientais, efetivando o Princípio da Solidariedade Intergeracional, a fim de que as futuras gerações possam ter acesso a esses recursos.

4. A proteção ambiental no âmbito das cidades

O reconhecimento de um direito à cidade se expressa na opção do constituinte em inserir elementos da Política Urbana no texto da Constituição da República que diz expressamente:

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

Também pode-se observar de forma esparsa pelo texto constitucional normas na forma de regras ou princípios que se conectam a tutela jurídica das cidades, os direitos sociais de segunda dimensão como: moradia, educação, trabalho, saúde, segurança e lazer são concretizados em grande parte no âmbito das cidades. Há de se ressaltar o conteúdo sócio-econômico desse direito uma vez que está inserido no título VII da Carta Magna, portanto é através das cidades que se efetiva o desenvolvimento sustentável, visando o bem estar da comunidade, o crescimento econômico e a proteção do meio ambiente urbano.

Segundo Vanêsa Prestes: “A cidade que se insere no discurso do Estado Socioambiental Democrático de Direito é aquela que se preocupa, respeita e tem na sua

política pública a sustentabilidade urbano-ambiental como meta; é uma cidade na qual o meio ambiente não é uma política setorial de um órgão, mas permeia todas as ações da cidade.”¹⁵

A Constituição da República adota por força do art. 5º, §2º uma concepção aberta de direitos fundamentais, o que significa que estes podem estar positivados em outras partes do texto constitucional. A fundamentalidade do direito à cidade emerge da sua relevância para a ordem instituída, no sentido de que tem o seu núcleo essencial protegido contra o poder de emenda ao texto, por força do art. 60, §4º,IV. A cidade como direito fundamental encontra alicerce no amálgama existente entre o direito ao meio ambiente expresso no art. 225, CRFB e os art. 182 e 183 do mesmo diploma que tratam da política urbana, e ainda o art 6º que trata dos direitos sociais, como a moradia. Este plexo de direitos supra-legais conferem outra dimensão protetiva à cidade no ordenamento jurídico.

A preocupação com o desenvolvimento das cidades vem de compromissos internacionais que o Brasil se vinculou, dentre eles merece destaque a Agenda Habitat e a Agenda 21. Em 1992 as Nações Unidas promoveram um encontro no Rio de Janeiro para tratar das questões do desenvolvimento sustentável, dentre as principais preocupações se destacou o capítulo VII que se refere aos assentamentos urbanos. Neste capítulo é ressaltada a Promoção do desenvolvimento Sustentável, o objetivo geral é melhorar a qualidade social, econômica e ambiental dos assentamentos humanos e as condições de vida e trabalho de todas as pessoas.

Ainda na visão de Vanêsa Prestes:

Diversas atividades foram arroladas objetivando o cumprimento das metas. Dessas destaca-se: a) as pessoas devem ser protegidas legalmente da expulsão injusta de seus lares ou suas terras; b) oferecer habitação adequada a todos; c) melhoria das condições de vida em assentamentos informais em favelas; d) os países devem formular e implementar programas para reduzir o impacto do fenômeno do êxodo rural para os centros urbanos promovendo melhorias nas condições de vida da zona rural; e) melhoramento do manejo urbano; f) fortalecimento do sistema de dados urbanos; g) estímulo ao desenvolvimento de cidades médias; **h) promover o planejamento e o manejo sustentáveis do uso da terra; i) promover a existência integrada de infra-estrutura ambiental: água, saneamento, drenagem e manejo de resíduos sólidos; j) promover sistemas sustentáveis de energia e transporte nos assentamentos humanos; k) promover o planejamento e o manejo dos**

¹⁵ PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Dimensão Constitucional do Direito à Cidade e formas de densificação no Brasil.** In: Biblioteca PUCRS.

assentamentos humanos localizados em áreas sujeitas a desastres; 1) promover atividades sustentáveis na indústria de construção¹⁶.(grifo nosso).

É justamente na questão dos assentamentos humanos que se localizam os maiores problemas ambientais, considerando a expansão desregrada das moradias de populações de baixa renda em locais de risco ou sujeitos a relevante função ambiental. Por esse motivo, no Brasil, a vulnerabilidade social é, muitas vezes, sinônimo de vulnerabilidade ambiental. Estes problemas tendem a ser mais graves nas grandes cidades e metrópoles, devido não somente ao grande contingente populacional que abrigam, e o conseqüente acirramento da disputa pelo espaço, mas também pelas grandes proporções de sua área urbanizada, que continuamente avança sobre os espaços naturais ou rurais, o que, muitas vezes, resulta na ocupação e a descaracterização das áreas de preservação ambiental. A cidade de São Paulo, por exemplo, com 1.509 km², abriga uma população de 11.446.275 habitantes e apresenta um alto grau de urbanização, uma vez que 99,1% de sua população vive na área urbana. O modelo histórico de ocupação da cidade desconsiderou as características naturais de seu sítio, não respeitando suas áreas de várzeas e encostas o que, além de acentuar os problemas de drenagem e de impermeabilização do solo, trouxe como conseqüência o comprometimento e a descaracterização das Areas de Preservação Permanente situadas ao longo de rios e córregos existentes na cidade, dos quais grande parcela estão ocupados pela população de baixa renda.

O problema socioambiental envolve o permanente conflito entre o direito à moradia e a proteção ambiental, sob nossa ótica podemos dizer que a proteção ambiental corresponde a apenas uma parcela do suporte fático do direito à cidade, sendo assim nos casos de ocupações por população de baixa renda uma intervenção judicial deve ser sempre ponderada, uma vez que a opção pela proteção integral do meio ambiente e retorno ao *status quo* nem sempre será a solução mais justa, considerando os bens jurídicos envolvidos.

Nesse sentido colaciona-se a decisão proferida no julgamento da Apelação Cível nº 5004049-71.2011.404.7208, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região onde se concluiu que o direito à propriedade em zona urbana e o direito ao meio ambiente equilibrado devem ser compatibilizados. Diz a relatora:

¹⁶ ¹⁶ PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Dimensão Constitucional do Direito à Cidade e formas de densificação no Brasil.** In: Biblioteca PUCRS.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal que requer condenação do apelado por dano ambiental decorrente de "ocupação e destruição irregular de floresta protetora de mangue, área de preservação permanente, segundo o código florestal. A sentença foi de improcedência, considerando tratar-se de zona urbana sem indícios de mangue a ser protegido, restando afastada, lastreado em afirmação técnica, a alegação de que a área é de preservação permanente (TRF-4. AC 5004049-71.2011.404.7208/SC. 3ª Turma. DJ 30/01/2013 Relatora: Des. Federal Maria Lúcia Luiz Leiria).

A relatora enfatizou a informação técnica pericial, na qual se constatou que na atualidade o ecossistema do local está prejudicado de forma irreparável, devido situar-se numa região de ocupação urbana consolidada, onde as principais características fisionômicas foram alteradas, bem como, o habitat natural foi completamente modificado pela antropização ocorrida e principalmente devido ao desvio e canalização do rio que na região tinha seu leito. Dessa forma, considera-se a descaracterização da APP e conseqüente inaplicação aplicação do Código Florestal. A desembargadora destaca ainda:

O entendimento ora proferido não desconhece a possibilidade de áreas protegidas em centros urbanos. Nestas situações, se efetivamente constatada a violação de lei por parte do cidadão, é passível a condenação a restauração do meio ou, ainda, a substituição da condenação de fazer por condenação pecuniária, questões sempre analisadas casuisticamente. Entretanto, ênfase, não é este o caso dos autos.

No caso em tela trata-se de descaracterização de um manguezal situado em uma comunidade de baixa renda, no qual havia intensa antropização do meio ambiente e grande urbanização, sendo certo que os réus já haviam adquirido a área degradada. Por mais que a responsabilidade civil nestes casos envolvam uma obrigação *propter rem*, a desembargadora entendeu pela ausência do dever de restituir a função ambiental, tendo em vista a sua impossibilidade fática e a prevalência do direito à moradia no caso.

5. A Função Socioambiental da propriedade.

A teoria de Leon Duguit¹⁷ constitui um marco histórico na evolução do direito de propriedade, que, no início do século XX, traz o conceito jurídico originário de função social da propriedade. Após tratar das questões ligadas o desaparecimento do sistema de direito

¹⁷ DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del Derecho Publico y Privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p.178-179.

público fundado na noção de poder público, da conversão da idéia de serviço público na noção fundamental do direito público de sua época, da responsabilidade do Estado e dos agentes públicos e de diversos outros temas caros ao direito público, o autor traz sob uma perspectiva inédita, os fundamentos jurídicos da teoria da função social, que pretende substituir o conceito de direito subjetivo de propriedade. A teoria de Duguit não é fundamentada em normas jurídicas, mas numa análise sociológica, que parte da concepção do direito como resultado constante e espontâneo do fato social e não como mera obra do legislador. Assim, ainda que leis e códigos permaneçam intactos, as necessidades oriundas da vida em sociedade terminam por formatar novas instituições jurídicas até então não previstas pelo ordenamento. Nesse contexto, surge a necessidade de superar as concepções individualistas do direito privado, nas quais o homem é considerado isoladamente, cujo resultado é a consagração do modelo de função social da propriedade. Influenciado pela filosofia positivista de Augusto Comte, Leon Duguit chegou à conclusão de que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e que nem o homem nem a coletividade têm direitos, mas cada indivíduo tem uma função a cumprir na sociedade. Estes seriam os fundamentos da regra de direito que impõe deveres a todos, inclusive ao Estado.

Os códigos oitocentistas tinham como grande atrator de sentido o princípio da liberdade em oposição à intervenção estatal, limitavam-se a fixar a afetação da riqueza a uma finalidade individual, estabelecendo uma relação entre liberdade e propriedade: concedendo ao proprietário um direito subjetivo absoluto sobre o bem. Esta concepção de propriedade-direito trazia ínsito o direito absoluto de estabelecer uma destinação ao bem, o direito absoluto com relação ao Poder Público, e o direito absoluto em relação ao tempo, justificando a sucessão de bens. Assim, podia o proprietário usar, gozar e dispor do bem da melhor forma que lhe aprouvesse, inclusive deixando as terras sem cultivo, imóveis urbanos desocupados ou não construídos. Contra esta posição do proprietário, o Poder Público nada poderia fazer senão estabelecer algumas restrições fundadas no poder de polícia ou, excepcionalmente, expropriar o bem mediante indenização. As conseqüências da adoção de teorias individualistas, porém, já ao tempo de Duguit vinham sendo rechaçadas, indicando a decadência desse sistema. O sistema civilista clássico entrava em colapso por privilegiar exclusivamente a afetação individual da riqueza numa época em que a sociedade já tomava consciência da interdependência social que liga todos e de que o homem, em sociedade, não é um fim em si, mas um meio. Duguit rejeitou essa concepção de propriedade como direito subjetivo absoluto, substituindo-a pela concepção de propriedade-função, não com a

finalidade de negar a existência da propriedade privada, mas para centrar-se em sua natureza de direito-função; não como poder incondicionado, mas como poder jurídico que tem uma razão de ser específica, da qual não pode esquivar-se, de satisfazer necessidades individuais e coletivas. A teoria de Duguit assemelha-se à doutrina que se fundamenta no abuso de direito, mas sua originalidade está na adoção de uma concepção solidarista do Direito, em que o exercício dos direitos deve dirigir-se ao cumprimento de funções impostas pela solidariedade social.

O texto constitucional de 1988 positivou a união indissociável entre a propriedade e a sua função social. Ao arrolar o direito de propriedade dentre os direitos e garantias individuais fundamentais, logo em seguida agrega a função social (art. 5º, inc. XXII e XXIII):

Art. 5º - (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá à sua função social;

Também quando trata da ordem econômica e elege seus princípios, destaca a propriedade privada e, sucessivamente, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente como princípios da ordem econômica (art. 170, inc. II, III e VI):

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – a propriedade privada; III – função social da propriedade; VI – a defesa do meio ambiente;

A Constituição traz outras situações em que o princípio da função social da propriedade deve ser observado. Quando trata, por exemplo, dos impostos cuja instituição compete aos Municípios, refere:

Art.156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana; §1º - O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

No Capítulo II do Título VII, relativo à ordem econômica e financeira, ao tratar da política urbana, diz:

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

§2º - **A propriedade urbana cumpre a sua função social quando às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.** (grifo nosso)

§4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificações compulsórias; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

No Capítulo III, relativo à política agrícola e fundiária e da reforma agrária, trata da função social da propriedade rural:

Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária

Art. 185 – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II a propriedade produtiva. Parágrafo único – A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

Art. 186 – **A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.**

Dos dispositivos supra transcritos, extrai-se que se agregou ao direito de propriedade antes concebido sob um prisma privatista – o dever jurídico de agir em vista do interesse coletivo, ou seja, o direito subjetivo do proprietário privado foi submetido ao interesse comum, imprimindo-lhe o exercício de uma função social, voltada ao interesse coletivo. Na atual ordem jurídico-constitucional, a função social é parte integrante do conteúdo da propriedade privada.

Antônio Hermann Benjamin¹⁸ esclarece que, num primeiro momento, ainda sob forte influência da concepção individualista ultrapassada, defendeu-se que a função social da propriedade operava somente através de imposições negativas (não fazer). Posteriormente,

¹⁸ BENJAMIN, Antônio Hermann. **Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente.** In: Anais do 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Imprensa Oficial, 1997, p. 14.

percebeu-se que o instituto atua principalmente pela via de prestações positivas a cargo do proprietário. A função social mais que aceita, requer a promulgação de regras impositivas, que estabeleçam para o proprietário obrigações de agir, na forma de comportamentos ativos na direção do proveito social.

A função social impõe ao proprietário condutas negativas (abstenções), que subtraem faculdades atribuídas ao direito de propriedade. Essa privação não nega o direito de propriedade, mas traça os contornos do conteúdo do próprio direito de propriedade, dentro de uma perspectiva que busca, axiologicamente, um ponto de equilíbrio entre o convívio social e a gestão da propriedade. A função social comprime, de modos diferentes e com intensidade diversa, a atividade normal do proprietário. A título de exemplo, não pode o proprietário causar contaminação do solo, construir em áreas de reserva legal ou em áreas de preservação permanente¹⁹. Em relação a estas últimas, a limitação consiste na inalterabilidade, existindo restrição ao direito de construir²⁰, não meramente por interesse urbanístico, mas por razões ambientais e de equilíbrio ecológico. A intangibilidade das áreas de preservação permanente não é absoluta²¹, porquanto o Código Florestal, com a redação dada pela Medida Provisória n.º 2.166-67/2001 58, prevê a excepcional possibilidade de supressão de vegetação em áreas de preservação permanente, quando necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social (assim definidos no art. 1º, §2º, inc. IV e V 59), quando inexistir alternativa técnica e locacional 60. Fica patente, pois, a função social.

¹⁹ Áreas de preservação permanente (APP) são aquelas protegidas nos termos dos arts. 2º e 3º do Código Florestal (Lei n.º 4.771/65), situadas ao longo ou ao redor dos corpos hídricos; no topo dos morros, montes, montanhas e serras; nas encostas com declividade superior a 45%; nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; nas bordas dos tabuleiros ou chapadas; em altitude superior a 1800 metros; cobertas ou não por vegetação nativa, que têm a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade ecológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e da flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

²⁰ O art. 1º do Código Florestal dispõe que todas as formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação estabelece. Assim, o direito de usar e fruir a propriedade pública ou particular – que difere do direito de construir – deve observar as restrições legais quanto à supressão de vegetação e às edificações, estando o direito limitado pela função sócio-ambiental da propriedade e pelo bem estar da coletividade.

²¹ No âmbito do Rio Grande do Sul, o Código Estadual de Meio Ambiente (Lei n.º 11.520/2000), no art. 14, inc. IX, considera as APPs privadas de qualquer regime de exploração direta ou indireta dos recursos naturais, sendo apenas admitida com prévia autorização do órgão ambiental competente quando for necessária à execução de obras, planos, atividades, ou projetos de utilidade pública ou interesse social, após a prévia realização de estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e relatório de impacto ambiental (RIMA). Presente a hipótese de utilidade pública ou interesse social, o órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP, e deverá indicar as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor público ou particular

Tomando-se os exemplos mencionados, nota-se que, como medida racionalizadora do ordenamento urbanístico e da preservação ambiental, o *jus aedificandi* não é mais conteúdo do *dominus soli*. Gize-se que essa função social de privação de determinadas faculdades ínsitas ao direito de propriedade não se confunde com a limitação do uso da propriedade privada como forma de intervenção da Administração Pública no domínio privado, a exemplo da servidão administrativa.

As questões ligadas a interferências em Áreas de Preservação Permanente sempre estão atreladas aos direitos fundamentais que dão suporte ao conteúdo do direito de propriedade após a constitucionalização de 1988. Nesse sentido, o direito antes compreendido à luz do princípio da autonomia privada passa a sofrer uma intervenção em seu conteúdo normativo, atraindo as diretrizes de uma nova ordem econômica fundada na solidariedade. Antes da constitucionalização do direito de propriedade, o Código Civil limitava-se a enumerar os poderes do proprietário em seu art. 524 que dizia: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.” Tais poderes representavam o núcleo econômico do domínio, sem qualquer ressalva a funcionalização do direito. O novo Código Civil, por sua vez trouxe importantes inovações em seu art. 1228:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Com a inserção do §1º do art. 1228, verifica-se que há um conteúdo obrigacional na própria estrutura do direito, que passa a se vincular as finalidades econômicas e sociais, para além das restrições de domínio o direito de propriedade passa a ter relevante aspecto funcional em relação às situações proprietárias. Assim, todo e qualquer ato de uso, gozo e disposição da coisa será submetido ao exame de sua finalidade, bem como eventual pretensão reivindicatória poderá ser paralisada, se o proprietário não conceder destinação relevante ao bem, apesar de ostentar titularidade. O que a função social busca combater é a subutilização ou o abandono do bem.

Verifica-se pela análise do § 1º do art. 1228 do Código Civil, que a proteção ambiental foi positivada de forma específica no tocante a preservação da natureza, sendo assim, enquanto não se trate de ocupações por população de baixa, as quais constituem exceção à regra, por força do artigo 6º da Constituição da República, o cidadão titular do direito de propriedade deve se submeter à limitação administrativa imposta pelas APP's, uma vez que o conteúdo ambiental do direito de propriedade não foi observado, sendo, portanto, ilegal avançar qualquer projeto sobre uma área destinada ao cumprimento de uma função ambiental relevante.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado do TRF 4:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. LOCALIDADE DE PORTO FIGUEIRA. EDIFICAÇÃO SITUADA EM ÁREA DE PROTEÇÃO ESPECIAL DAS ILHAS E VÁRZEAS DO RIO PARANÁ, NO ENTORNO DA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO PARQUE NACIONAL DE ILHA GRANDE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES. OCUPAÇÃO IRREGULAR. ZONA URBANA CONSOLIDADA. AUSÊNCIA DE EXCEÇÃO LEGAL. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. PROVIMENTO DAS APELAÇÕES.

1. É incontroverso nos autos que a área objeto desta lide, onde se localiza o imóvel do réu, encontra-se em Área de Preservação Permanente (APP), pois dista apenas 10 (dez) metros da margem do Rio Paraná, rio este que possui, em média, mais de 600 (seiscentos) metros de largura, em contrariedade ao que dispõe as regras protetivas ambientais, em especial o artigo 4º da Lei 12.651/2012, que repetiu previsão do antigo Código Florestal (art. 2º da Lei 4.771/65).

2. Mesmo que se admita que o Distrito de Porto Figueira teve sua criação iniciada desde os idos de 1960, a existência de edificações/construções irregulares no local não convalida o dano provocado pelo réu. É certo que a Lei n.º 4.771/1965 não permitia a supressão de vegetação em APP's, exceto quando demonstrada utilidade pública ou interesse social e inexistência de alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, mediante autorização do órgão ambiental competente (art. 4º). Na hipótese, não há qualquer elemento de prova acerca da existência de autorização dos órgãos competentes.

3. Existe, na legislação e jurisprudência, certa tolerância para ocupação de áreas de preservação permanente em situações excepcionais, quando envolver hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental, conforme o arts. 8º da Lei n. 12.651/12, ou ainda nas áreas consolidadas, para moradia, conforme os artigos 64 e 65 do mesmo diploma legal. Todavia, tais requisitos não se verificam no caso, pois a casa do réu é utilizada para veraneio.

4. Por conseguinte, mesmo que o poder público tenha dotado a região de serviços públicos como luz, água e telefone, subsiste a qualidade de área de preservação permanente e a ilegalidade da construção sem suporte em autorizações válidas.

5. Além disso, quanto ao argumento de que o réu não teria causado danos ao

meio ambiente, pois já teria adquirido o imóvel de outrem, a obrigação de recompor o meio degradado é propter rem, inerente à função socioambiental da propriedade, de modo que acompanha o imóvel e pode ser exigida dos adquirentes posteriores, ainda que não tenham sido autores da lesão ecológica. Precedentes. (**Processo:** 5005418-96.2012.404.7004 - **Data da Decisão:** 27/05/2015, **Relatora** SALISE MONTEIRO SANCHOTENE)

6. As Áreas de Preservação Permanente em Zonas Urbanas

Antes da edição do novo Código Florestal havia certa celeuma no que diz respeito a sua aplicação para zonas urbanas. A dúvida que era levantada gerava conseqüências prejudiciais à proteção ambiental, uma vez que tal indecisão levou a que centenas (talvez milhares) de autorizações para intervenção em APP urbana fossem expedidas de forma irregular pelos “CODEMAS”, que, com base na Lei Federal 6.766/79, (Lei Municipal de Parcelamento do solo), ou no Plano Diretor, autorizavam uma intervenção em Área de Preservação Permanente com margem inferior à estabelecida pelo Código Florestal.

O fundamento era baseado na Resolução 369/2006 do CONAMA que veio a regulamentar a Lei do Parcelamento do Solo Urbano, no que tange aos limites métricos a serem observados nas áreas de preservação permanente no âmbito das cidades e, que, portanto, não seriam os limites alinhavados no Código Florestal os que prevaleceriam em tais casos.

Resolução do CONAMA 369/06 em seu artigo 4º, *in verbis*:

Art. 4º. Toda obra, plano, atividade ou projeto de utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto ambiental, deverá obter do órgão ambiental competente a autorização para intervenção ou supressão de vegetação em APP, em processo administrativo próprio, nos termos previstos nesta resolução, no âmbito do processo de licenciamento ou autorização, motivado tecnicamente, observadas as normas ambientais aplicáveis.

§ 1º. A intervenção ou supressão de vegetação em APP de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º. A intervenção ou supressão de vegetação em APP situada em área urbana dependerá de autorização do órgão ambiental municipal, desde que o município possua Conselho de Meio Ambiente, com caráter deliberativo, e Plano Diretor ou Lei de Diretrizes Urbanas, no caso de municípios com

menos de vinte mil habitantes, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente, fundamentada em parecer técnico.

Tal dúvida surge em razão do artigo 2º parágrafo único do antigo código florestal (Lei4771/65), que determinava que “no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, **observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo**”.

Mesmo a parte final do parágrafo único estabelecendo de forma expressa que os limites do Código Florestal deveriam ser observados de forma mínima para aplicação das Leis de Parcelamento do Solo e do Plano Diretor quando se trata-se de intervenções em APP de área urbana, por muito tempo, esta questão gerou dúvidas e divergências entre os doutrinadores e os Tribunais Superiores.

As APPs mais atingidas foram justamente as mais preciosas e menos conservadas, as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, ou seja, as matas ciliares. Este fato ainda ocorre porque muitos dos órgãos ambientais municipais seguiam (e seguem até os dias de hoje) o entendimento de que quando se trata de APP urbana, não se aplica o Código Florestal, mas sim a Lei de Parcelamento do Solo, seja ela a municipal e, na sua falta, a federal ou o Plano Diretor.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO EM ÁREA URBANA. DISTÂNCIA DA MARGEM DO CANAL DA BARRA DA LAGOA DA CONCEIÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO EM DETRIMENTO DO CÓDIGO FLORESTAL. DISTÂNCIA MÍNIMA DE 15 METROS. RECURSO PROVIDO. Em se tratando de área urbana, a distância para construções das margens de rios, córregos e canais deve ser aquela estabelecida pela Lei Federal 6.766/79, qual seja, 15 metros, salvo limite maior imposto por lei municipal (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.013065-1, da Capital, rel. Des. Newton Janke, j. em 10-8-2010).

REEXAME NECESSÁRIO - CONSTRUÇÃO EM ÁREA URBANA - DISTÂNCIA DE CURSO D'ÁGUA - PREVALÊNCIA DA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO SOBRE O CÓDIGO FLORESTAL - DISTANCIAMENTO MÍNIMO DE 15 METROS -

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - AUTARQUIA ESTADUAL - ISENÇÃO DE CUSTAS - INTELIGÊNCIA DO ART. 35. "H", DA LEI COMPLEMENTAR N. 156/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 161/97 - REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA. "O art. 2º da Lei n. 4.771/65 - Código Florestal e art. 4º, inc. III, da Lei n. 6.766, de 19/12/79 - Parcelamento do Solo, não se contradizendo, mas convivendo, ocupam-se de situações de fato diferentes: o Código Florestal é aplicável à área rural, sendo estranho, por isso, quando se trata de parcelamento de área do solo urbano, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal (art. 3º, da Lei n. 6.766/79)" (TJSC - ACMS n. 2003.003060-3 - Rel. Des. Luiz César Medeiros) (TJSC, Ap. Cív. em MS n. 2008.058286-7, de Itajaí, rel. Des. Cid Goulart, j. em 15-12-2009).

A revogação da Lei 4.771/65 pelo novo Código Florestal lei 12.651/12, não encerrou a polêmica referente à aplicação de uma lei geral federal de proteção às florestas ao âmbito das cidades. Como se sabe o conceito normativo de Área de Preservação Permanente envolve a “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;”. Na essência não houve alteração significativa em relação ao direito precedente. Assim sendo, os requisitos para que a área possa ser declarada de preservação permanente são: (i) estar incluída na relação do art. 4º da Lei 12.651/12; ou (ii) ser objeto de ato do poder público art. 6º, ou seja, declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo para que cumpra uma das funções elencadas no artigo.

Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:

- I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;
- II - proteger as restingas ou veredas;
- III - proteger várzeas;
- IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;
- V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;
- VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- VII - assegurar condições de bem-estar público;
- VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.
- IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional. [\(Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012\).](#)

Nas lições de Paulo de Bessa Antunes²², além da identificação da APP, é necessário que se verifique se o município é ou não dotado de Plano Diretor, pois seria ele o diploma legal que, em essência, apresenta os instrumentos para a proteção ambiental em áreas urbanas. Portanto a discussão sobre a aplicação do art. 4º do novo Código Florestal em áreas urbanas é matéria complexa e implica a harmonização de diferentes instrumentos jurídicos em diferentes níveis federativos.

A resposta para essa questão passa, necessariamente, pela identificação da competência legislativa em relação ao assunto, já que é por meio de normas urbanísticas específicas que se pode melhor proteger o meio ambiente urbano, dotado de características próprias e que em muito difere da proteção conferida às florestas. A própria Constituição da República reservou um capítulo específico para tratar do tema, assim, compete à União estabelecer normas gerais sobre urbanismo e política urbana, tal como definido nos arts. 182 e 183. Nessa esteira, o legislador editou a lei 10.257/01, conhecida como Estatuto das Cidades, que é a norma geral aplicável aos municípios.

No estatuto, depreende-se da leitura do art. 2º que: “A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:” Note-se que já no artigo segundo da lei existe menção à propriedade urbana e sua função socioambiental, âmbito normativo que dialoga com o § 1º do art. 1228 do Código Civil, que diz: “§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Ainda no âmbito normativo do Estatuto das Cidades observamos os seguintes incisos que denotam a proteção ambiental a ser exercida pelas municipalidades.

Art. 2º:

(...)

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob

²² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental 15ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2013, p.686.

sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

(...)

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; (grifo nosso).

Ainda na visão de Paulo de Bessa Antunes, o tema deve ser tratado à luz das competências dos entes federativos, assim, as competências da União em direito urbanístico, estão definidas na Constituição Federal, precisamente nos arts. 182 e 183 e no art. 3º, I do Estatuto das Cidades. Portanto, em tese, não se poderia pensar em normas de proteção ambiental urbanas no Código Florestal. O Autor embasa o seu raciocínio na interpretação do art. 7º da Lei Complementar n. 95/98 que diz:

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I - excetuadas as codificações, **cada lei tratará de um único objeto;**

II - **a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;**

III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;

IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Destarte, pela interpretação da lei complementar, só haveria uma única Lei, com objeto bem definido para tratar do tema, sendo certo que essa lei é o Plano Diretor, único diploma legal que tratará integralmente do assunto de meio ambiente urbano. Portanto, a questão deveria ser solucionada pela lei 10.257/01, Estatuto das Cidades, que, ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana brasileira, tomando como base os ideais de sustentabilidade ambiental e a garantia do bem-estar da população apresenta-se como norma geral a ser observada por todos os entes da federação.

Ainda no nível federal e plenamente recepcionada pela Constituição da República, existe a lei de Parcelamento do Solo, n. 6.766/79 que estabeleceu as áreas *non aedificandi*, isto é, faixas marginais com distância de 15 metros (proteção menor do que aquela conferida pelo código florestal), conforme art. 4º, III:

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

(...)

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

Destarte, a primeira vista, parece que o Código Florestal não deveria ser aplicado ao meio ambiente urbano, já que este deve receber regramento próprio conforme o Estatuto das Cidades e o Plano Diretor. Uma das prioridades da legislação urbanística é com o direito de construir, corolário do direito de propriedade, sendo certo que existem instrumentos voltados para coagir o proprietário à construir, a exemplo do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios:

Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo

urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

Com efeito, arremata Paulo de Bessa Antunes:

Parece evidente que o Código Florestal tem uma destinação específica, que é a de servir para regular as atividades florestais e rurais, não se destinando às áreas urbanas. “Contudo, o exame do Código Florestal revela que o legislador quis se ocupar, preferencialmente do meio ambiente natural, com destaque para seus aspectos florísticos, em face do qual a intervenção humana surge apenas como aspecto incidental (...) o primeiro dado a inferir-se é que as normas contidas no Código Florestal visam à proteção do meio ambiente natural como tal, acentuando as conseqüências da atuação sobre ele, dos processos socioeconômicos humanos.”

Aliás, o regramento da propriedade urbana, tal como definido no Estatuto da Cidade, indica que ela deve atender a uma função social, dentre a qual se encontra a de edificar, sob pena de desapropriação, compreendendo-se na função social as necessidades do cidadão quanto à qualidade de vida; logo, a defesa do meio ambiente urbano. A Lei 12651/12, embora posterior às normas acima descritas, não possui força normativa suficiente para afastar as competências próprias dos municípios, nem para se sobrepor às normas constantes do Estatuto da cidade.²³

Entretanto, segundo a nossa visão do tema, com a edição do novo código fica claro o dever de aplicar o Código Florestal (Lei 12.651/2012), uma vez que o dever de aplicar a legislação às áreas urbanas e rurais já está expressa no *caput* do art. 4º **“Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:”**

Ademais, o novo Código Florestal se apresenta como norma geral de proteção da vegetação nativa, das áreas de Preservação Permanente e das áreas de Reserva Legal, como bem exposto no art. 1º-A, sendo certo que apresenta princípios gerais com a função de estabelecer a orientação necessária para o intérprete, esteja ele no âmbito administrativo responsável pela expedição de licenças, autuações ou autorizações de supressão de vegetação nativa, ou no âmbito judicial decidindo sobre a validade da conduta de um sujeito de direito.

Art. 1-Aº: Parágrafo único. Tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios:

²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental 15ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2013, p.690.

(...)

III - ação governamental de proteção e uso sustentável de florestas, consagrando o compromisso do País com a compatibilização e harmonização entre o uso produtivo da terra e a preservação da água, do solo e da vegetação;

IV - responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas para a preservação e restauração da vegetação nativa e de suas funções ecológicas e sociais nas áreas urbanas e rurais;

Nessa esteira, já preservando os princípios ambientais que norteiam a tutela do meio ambiente, alguns julgados abriam caminho para o novo entendimento sobre o tema. Decisões como a do TRF2 que decidiu por fazer prevalecer o Código Florestal sobre a Lei de Parcelamento do Solo já sinalizavam para a prevalência do Código Florestal sobre a Lei de Parcelamento do Solo no que diz respeito à determinação das APP situadas em áreas urbanas.

Vejamos duas dentre outras tantas neste sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO NA MARGEM DA COSTA DA LAGOA DA CONCEIÇÃO, EM FLORIANÓPOLIS/SC. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP). PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.

1. Trata-se de edificação na Costa da Lagoa da Conceição, em Área de Preservação Permanente (APP) e região tombada como Patrimônio Histórico, Artístico e Natural do Município de Florianópolis.

2. Área de Preservação Permanente (APP) é área protegida nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei 4.771/65, do então vigente Código Florestal, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas (art. 1º, §2º, inc. II).

3. Não há cerceamento de defesa pela não realização de prova testemunhal para elucidar a questão relacionada à época em que se deu a ocupação da área degradada. A prova requerida não teria nenhuma utilidade prática porque a responsabilização civil ambiental independe do fato de ter a degradação ambiental sido iniciada por outrem, considerando-se que se trata de obrigação *propter rem*.

4. A Ação Civil Pública visa ao cumprimento da obrigação de fazer consistente no desfazimento de obra construída em área de preservação permanente, bem como à recuperação plena da área degradada, consoante possibilita o art. 3º da Lei nº 7.347/85, que dispõe que poderá a ação civil pública ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, não deve a tutela jurisdicional ficar condicionada ao prévio esgotamento da via administrativa, sob pena de afronta ao art. 5º, inc.

XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

6. A intervenção em APP mediante a construção de moradia, galpão e trapiche causa dano independente de supressão de vegetação porque a proteção ambiental abrange também a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade e o fluxo gênico de fauna e flora.

7. Causa dano ecológico *in re ipsa*, presunção legal definitiva que dispensa produção de prova técnica de lesividade específica, quem, fora das exceções legais, desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração (Resp1245149). APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5017560-92.2013.404.7200/SC, 03 de junho de 2015.

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. DANO AMBIENTAL. APP. PARQUE NACIONAL DE ITATIAIA. CONSTRUÇÃO EM FAIXA NON AEDIFICANDI. 1. Ação Civil Pública em que se determinou, dentre outras providências, a demolição de construção irregular no entorno do Parque Nacional de Itatiaia, em Resende – RJ. 2. São inquestionáveis danos ambientais oriundos da construção e supressão vegetal ciliar a menos de trinta metros das margens de curso d'água, em área de preservação permanente. Inexistência de licença ou autorização dos órgãos ambientais para a realização da obra em faixa non aedificandi. Afronta aos artigos 2º e 4º da Lei nº4.771/1965. 3. A proteção ao meio ambiente não é matéria de preponderante interesse dos municípios, daí que não se aplica a regra de competência do art. 29 da Lei Maior. Aplicação do Código Florestal em áreas urbanas. O parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 4.771/1965, apesar de ressaltar os planos diretores e as leis de uso do solo locais, assinala que os princípios e limites estabelecidos pelo Código Florestal devem ser observados. 4. A demolição da estrutura edificada não se mostra desproporcional. A invocação de ideia vaga de razoabilidade não pode albergar condutas ilícitas. O réu já fora autuado, descumprido as medidas impostas pelo IBAMA e concluindo indevidamente a obra. 5. Apelo desprovido. (TRF-2 - AC: 200751090004016 RJ 2007.51.09.000401-6, Relator: Desembargador Federal GUILHERME COUTO, Data de Julgamento: 26/07/2010, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::23/08/2010 - Página::212)

Destarte, com a entrada em vigor do novo Código Florestal não mais deve prevalecer o entendimento de que os limites mínimos do citado código não devam ser respeitados. Ao observamos o *caput* do artigo 4º do novo Código Florestal vemos expressamente que as APP's são consideradas tanto na área rural como nas áreas urbanas, não há controvérsia nesse sentido. O parágrafo que pretendia reproduzir o antigo parágrafo único da Lei 4771/65 fora vetado.

Ante ao exposto deve ficar claro que, desde a entrada em vigor do novo Código Florestal, os órgãos ambientais municipais não podem autorizar intervenção em APP urbana em área menor à estabelecida no Código Florestal, sob pena das autorizações expedidas em

desacordo com a Lei serem declaradas nulas e os empreendimentos e atividades, antes devidamente autorizados, passarem a ser obras e atividades não autorizadas e passíveis de multas, embargos e paralisação.

Sob nossa ótica verifica-se que no caso de loteamentos e condomínios nem sempre há previsão legislativa para que se efetue uma proteção ambiental eficiente, sendo certo que a Lei de Parcelamento do Solo, 6.766/79 trata do tema de forma oblíqua nos arts. 3º, § único e 6º havendo casos em que a municipalidade é responsabilizada pela construção irregular de empreendimentos que não respeitam as imposições do Código Florestal.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. ART. 40 DA LEI N.6.766/79. PODER-DEVER. PRECEDENTES.

1. O art. 40 da Lei 6.766/79, ao estabelecer que o município "poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença", fixa, na verdade, um poder-dever, ou seja, um atuar vinculado da municipalidade. Precedentes.
2. Consoante dispõe o art. 30, VIII, da Constituição da República, compete ao município "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano".
3. Para evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano, o Município não pode eximir-se do dever de regularizar loteamentos irregulares, se os loteadores e responsáveis, devidamente notificados, deixam de proceder com as obras e melhoramentos indicados pelo ente público.
4. O fato de o município ter multado os loteadores e embargado as obras realizadas no loteamento em nada muda o panorama, devendo proceder, ele próprio e às expensas do loteador, nos termos da responsabilidade que lhe é atribuída pelo art. 40 da Lei 6.766/79, à regularização do loteamento executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença.
5. No caso, se o município de São Paulo, mesmo após a aplicação da multa e o embargo da obra, não avocou para si a responsabilidade pela regularização do loteamento às expensas do loteador, e dessa omissão resultou um dano ambiental, deve ser responsabilizado, conjuntamente com o loteador, pelos prejuízos daí advindos, podendo acioná-lo regressivamente.
6. Recurso especial provido. (STJ REsp 1113789 / SP, DJe 29/06/2009)

Nesse âmbito, entendemos que na falta de legislação específica ou naqueles casos em que a proteção ambiental é reduzida pelas normas municipais expressas no plano diretor, a tutela com base nas disposições do Código Florestal deve ser imposta, atraindo a responsabilidade civil ambiental no caso descumprimento da norma.

A grande exceção à regra são as ocupações por populações de baixa renda que exigem uma intervenção moderada, a fim de que se garanta não só a higidez e integridade do bem ambiental, mas a qualidade de vida das pessoas que vivem no local. Assim, se preencherem os requisitos legais, de área consolidada ou de outra hipótese legal, a consequência jurídica deverá ser no sentido de regularização fundiária da lei 1977/09.

Nesse sentido é a Jurisprudência do TRF4:

ADMINISTRATIVO. DIREITO AMBIENTAL. APP. DIREITO À MORADIA, OCUPAÇÃO DE BAIXA RENDA. USO SUSTENTÁVEL DA ÁREA. RESOLUÇÃO. IRRETROATIVIDADE. ART. 5º, INCISOS XXXIX E XL, DA CF/88. 1. A sentença não legitima indiscriminadamente todas as ocupações ou silencia a respeito das medidas necessárias para impedir novas construções. A ação civil pública é movida tão somente contra a ré, cuja situação é especificamente analisada pelo magistrado. 2. Não se deve perder de vista que os impactos ambientais decorrentes da ocupação destinada à moradia de baixa renda e eventual interesse especulativo imobiliário em área de preservação permanente são inegavelmente diferentes e a atuação dos órgãos ambientais é indispensável para evitar uma degradação ainda maior daquela área de preservação. Os autos de infração e de embargo podem, assim, constituir importante mecanismo de inibição do crescimento das edificações e intervenções irregulares na APP, especialmente aquelas não voltadas à moradia familiar habitual. 3. Mantida sentença (TRF4, APELREEX 5036244-31.2014.404.7200, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanhotene, juntado aos autos em 14/04/2015)

7. A responsabilidade Civil pelo descumprimento da função socioambiental.

A responsabilidade ambiental é composta pelas três modalidades: (i) civil; (ii) administrativa e (iii) penal. A responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, no sistema jurídico brasileiro, é matéria que goza de *status* constitucional. A Constituição estabeleceu a tríplice responsabilização a ser aplicada aos causadores de danos ambientais, conforme se depreende do art. 225, § 3º da Constituição da República:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade é bastante abrangente, podendo ser aplicada às pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado. Muito embora a Constituição não defina se o regime de responsabilidade é objetivo ou subjetivo, a lei 6.938/81 o definiu como sendo objetivo e, portanto, independente de culpa, como se infere do artigo 14, § 1º da PNMA:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Quanto ao fundamento da responsabilidade, a primeira idéia que deve ser associada ao conceito é a de compensação equivalente pelo dano sofrido. O responsável pelo dano temo dever de repará-lo o mais amplamente possível, reparar o dano significa encontrar determinado valor que se possa ter como “equivalente” ao dano causado por aquele que praticou o ato ilícito. Assim, para que se ative a consequência jurídica do dever de indenizar, um ato ilícito, isto é, contrário a ordem jurídica deve ter ocorrido, nos termos do art. 186 ou 187 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A reparação dos danos visa fazer com que o lesado, através do recebimento de uma indenização, seja recolocado no *status quo ante*, como se a lesão não houvesse ocorrido. Essa é uma concepção teórica, uma vez que, na maior parte das vezes, é impossível a reconstrução

da realidade anterior, ao exemplo da morte de uma pessoa, destruição de uma obra de valor histórico, artístico ou paisagístico; extinção de uma espécie animal etc. Existem bens que são únicos e insubstituíveis.

Entretanto predomina no direito ambiental a reparação *in natura* dos danos causados aos ecossistemas, assim compreende-se que todos os efeitos provenientes da atividade lesiva devem ser objeto de reparação para que esta possa ser reputada completa. Assim, deverão ser considerados todos os aspectos materiais da degradação e os danos extrapatrimoniais associados, tais como a perda imposta à qualidade de vida, a destituição da função ambiental do bem ou a privação temporária de fruição do bem lesado.

Na visão de Annelise Steigleder, não existe *bis in idem* para a reparação *in natura* cumulada com uma indenização pela degradação realizada:

Esclareça-se que os pedidos de condenação em obrigação de fazer e de indenização serão cumulados, inexistindo *bis in idem*, pois o fundamento para cada um deles é diverso. O pedido de obrigação de fazer cuida da reparação *in natura* do dano ecológico puro e a indenização visa ressarcir os danos materiais irreversíveis e os danos extrapatrimoniais, pelo que o reconhecimento de tais pedidos compreende as diversas facetas do dano ambiental.²⁴

Tratando-se de dano aos elementos físicos do ambiente, a restauração natural deve ser percebida como opção principal do sistema de responsabilidade civil por danos ecológicos. É comum a confusão entre estas duas formas de reparação do dano ambiental, inclusive na legislação ambiental, mas a percepção de suas distinções é extremamente importante, pois quando se fala em recuperação, sob o ponto de vista técnico, está se assumindo a impossibilidade do retorno ao estado anterior do ecossistema, bem como se está optando por utilizar formas compensatórias de reparação do dano, capazes de criar, expandir ou de alguma forma aumentar a capacidade funcional do bem ambiental lesado.

O fundamento para a restauração ou recuperação natural pode ser encontrado na Constituição da República, no próprio art. 225, § 1º, I, que impões ao Poder Público o dever fundamental de “preservar e restaurar os processos ecológicos e prover o manejo ecológico

²⁴ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 212.

das espécies e ecossistemas.” Também a Lei 6.938/81 prioriza a restauração natural, embora sem o rigor técnico da Lei de Unidades de Conservação 9.985/00. O art. 2º diz ser princípio da Política Nacional do Meio Ambiente “a recuperação de áreas degradadas. Também no art. 4º, consta que a PNMA visará “à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (inciso VI) e “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos”.

No mesmo sentido o art. 14, § 1º da Lei 6.938/81 estabelece a obrigação do poluidor, independentemente da existência de culpa, “indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade”. Por força de uma hermenêutica sistemática e teleológica, deve-se interpretar este dispositivo à luz da própria principiologia contida nos arts. 2º e 4º da citada lei, que dá primazia à restauração natural, sendo a indenização uma medida cabível apenas quando impossível a recuperação *in natura*. O mesmo sentido tem o art. 84, § 1º do CDC e o art. 461 do CPC ao estabelecer a tutela específica da obrigação de fazer, sinalizando que a indenização somente se dará quando a obtenção do resultado prático equivalente resultar impossível.

A restauração natural do dano ambiental também é um princípio encontrado na Lei 9.605/98, que, embora trate dos crimes e infrações administrativas ambientais, cuida da reparação do dano em diversos dispositivos, como no caso do art. 9º, relativo à pena de prestação de serviços à comunidade, tratada como atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação e, “no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível”. Nessa linha, o art. 17 condiciona a concessão do *sursis* especial à apresentação de um laudo de reparação do dano ambiental; já o art. 28 condiciona a própria extinção de punibilidade, nas hipóteses de ter sido concedida a suspensão condicional do processo, à prova de reparação do dano ambiental causado pelo agente. Destarte, fica claro que essas normas penais, examinadas no contexto das demais normas ambientais, denotam que a opção do sistema jurídico brasileiro é pela restauração natural do ambiente como medida prioritária, com o que se pode extrair um verdadeiro princípio jurídico, que não visa, essencialmente, a justa compensação da vítima, mas a prevenção do dano ecológico e a reintegração dos bens lesados.

Em razão das razões acima apontadas no que tange ao cometimento de danos ambientais e ao dever de repará-los, tem-se que a obrigação decorrente de eventuais prejuízos ou interferências negativas ao meio ambiente são *propter rem*, possuindo caráter acessório à atividade ou propriedade em que ocorreu a poluição ou degradação. E, por isso, tal responsabilidade seguirá a atividade ou a propriedade, mesmo após transmitidas a terceiros. Assim, resta pacífico que o adquirente é responsável pelo passivo ambiental do imóvel adquirido. Caso contrário, a degradação ambiental dificilmente seria reparada, uma vez que bastaria cometer-se a infração e desfazer-se do bem lesado para que o dano ambiental estivesse consolidado e legitimado, sem qualquer ônus reparatório. Da necessidade de se evitar esse tipo de burla, tem-se que a obrigação de reparação é *propter rem*, ou seja, segue a coisa, independentemente do atual titular do domínio/posse. Em face disso, se determinada atividade poluidora ou propriedade que esteja em desacordo com as leis ambientais tiver seu domínio transferido a terceiro, será este solidariamente responsável pela sua regularização, assim como pela recuperação dos danos causados. Com isso, evitar-se-á que o novo responsável deixe de adotar as providências necessárias a permitir o retorno do equilíbrio ambiental, sob o argumento inválido de não ter sido o causador do dano ou de não o ter iniciado. Cabe reconhecer, na realidade, que o simples fato de o novo proprietário/possuidor se omitir no que tange à necessária regularização ambiental é mais do que suficiente para caracterizar o nexu causal. Ademais, sua ação ou omissão, além de não garantir a desejada reparação, permitirá a continuidade do dano ambiental iniciado por outrem. Daí, ser inegável sua responsabilidade civil.

Destarte, no caso de dano ou descaracterização da função ambiental das áreas de preservação permanente a medida cabível dependerá sempre dos bens jurídicos envolvidos no caso concreto, no caso de loteamentos ou condomínios irregulares que avançam sem autorização legal ou fora das hipóteses de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto o proprietário, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado à recomposição da área por força do art. 7º, § 1º da Lei 12651/12. Independentemente de culpa ou de ter sido ou não o causador do dano, aquele que detém o domínio ou a posse a qualquer título da área degradada será o responsável por recompor o dano, uma vez que trata-se de obrigação que segue a coisa, isto é, de natureza *propter rem*.

Nesse sentido é a jurisprudência

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MEIO AMBIENTE. EDIFICAÇÃO SITUADA EM APP. DEMOLIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. ESCLARECIMENTOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 1. É incontroverso nos autos que a área objeto desta lide, onde se localiza o imóvel do réu, encontra-se em Área de Preservação Permanente (APP), por força da Lei orgânica do Município de Laguna declarou, em 05 de abril de 1990. Na hipótese, não há qualquer elemento de prova acerca da existência de autorização dos órgãos competentes. Constatou-se, pois, que o imóvel encontra-se em área de preservação permanente, sem anuência das autoridades ambientais competentes, em desacordo com a legislação ambiental. 2. A qualidade do meio ambiente, como condicionante da própria qualidade de vida, transforma-se nos tempos modernos, num bem ou patrimônio cuja preservação, recuperação ou revitalização se tomará num imperativo do poder público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento 3. Provimento aos embargos de declaração para esclarecimento das obscuridades apontadas, sem, contudo, modificar o entendimento anterior. (TRF4, AC 2000.04.01.073970-1, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 26/06/2015)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - NECESSIDADE DE RECOMPOSIÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) E RESERVA LEGAL - INDISCUTÍVEL A LEGITIMIDADE PASSIVA DOS TITULARES DO DOMÍNIO, BEM COMO DOS EXPLORADORES / DETENTORES DA POSSE, NADA IMPORTANDO QUEM, QUANDO E PORQUE DESMATOU A ÁREA - RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA E "PROPTER REM".

Área de Preservação Permanente não se confunde com Reserva Legal de 20%, devendo ser esta instituída, demarcada e averbada. Contundente a prova da inexistência da reserva legal de 20%, confirmados os fatos pelos próprios réus, não colhe a pretensão de isentarem-se da responsabilidade ante afirmações de que já receberam o imóvel no estado atual, por ser a responsabilidade ambiental objetiva e "propter rem". Normas de proteção ambiental que se aplicam imediatamente. Prazos para cumprimento das determinações originadas na sentença merecendo confirmação, o mesmo ocorrendo com a multa imposta. (TJ-SP - CR: 3546355300 SP, Relator: Regina Capistrano, Data de Julgamento: 18/12/2008, Câmara Especial de Meio-Ambiente, Data de Publicação: 28/01/2009)

Conclusão

No decorrer do processo de investigação conclui-se que o direito ambiental fundado na teoria do risco encontra dificuldades para sua concretização, talvez por falta de consciência ambiental dos cidadãos que na sua grande maioria ainda não internalizaram os princípios e as diretrizes do cuidado com o meio ambiente.

Verificamos que apesar da mutação ocorrida com o direito de propriedade, que passa a ter seu conteúdo limitado pela função socioambiental, o que ocorre na prática é a prevalência do direito de construir sobre as limitações impostas pelo Código Florestal, sendo certo que há controvérsia na doutrina e jurisprudência quanto à aplicação dos limites estabelecidos pela Lei 12.651/12 para as Zonas Urbanas. A própria Constituição da República em seus arts. 182 e 183 parece tratar de forma diferenciada o meio ambiente urbano, que tem a função social densificada pelo Estatuto das Cidades Lei 10.257/01, lei que se volta mais para impulsionar o direito de construir do que fomentar a proteção ambiental.

Nesse sentido, o problema das Áreas de Preservação Permanente em Zonas Urbanas parece ganhar complexidade solucionável apenas com mais dados que emergem do caso concreto. Não obstante isso, visualizamos o problema de loteamentos e condomínios irregulares que avançam sobre as APP's suprimindo a vegetação nativa sem a autorização para tanto, realizando construções em áreas de função ambiental relevante. Também foram observados casos em que as municipalidades expedem licenças ambientais com base na Resolução 369/2006 do CONAMA que veio a regulamentar a Lei do Parcelamento do Solo Urbano, no que tange aos limites métricos a serem observados nas áreas de preservação permanente no âmbito das cidades e, que, portanto, não seriam os limites alinhavados no Código Florestal, entendemos que essa opção reduz a proteção ambiental no âmbito das cidades, sendo certo que se trata de um entendimento ultrapassado pelo novo Código Florestal de 2012, que é Lei posterior tanto à Lei de Parcelamento do Solo quanto ao Estatuto da Cidade.

Considerando o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, e o princípio *in dubio pro natura*, entendemos que vale a norma mais protetiva para o meio ambiente. Caso o plano diretor da cidade estabeleça limites maiores do que a norma geral, que é o Código Florestal haverá incidência da norma municipal por ser específica e conferir

maior concretude ao art. 225 da Constituição da República. A grande exceção a regra é o caso de áreas consolidadas, onde há certa urbanização da área com equipamentos urbanos ou comunitários, onde o direito à moradia prevalece sobre a proteção ambiental, sendo certo que a medida cabível nesses casos é uma conformação entre proteção do ambiente e realização do direito a moradia, instrumentalizável pela Regularização Fundiária da Lei 11.977/09.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Teodoro W.; HORKHEIMER, Marx. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1988.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental 15ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2013.

BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BENJAMIN, Antônio Hermann. **Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente**. In: Anais do 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Imprensa Oficial, 1997.

_____. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira**. In: Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (org.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del Derecho Publico y Privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

MILARÉ, Édis. **Amplitude, limites e perspectivas do Direito do Ambiente**. In: Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental. MARQUES, José Roberto (org.). Campinas: Millennium, 2009.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Dimensão Constitucional do Direito à Cidade e formas de densificação no Brasil**. In: Biblioteca PUCRS.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.