

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL – UCS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE ÀS LIMITAÇÕES AO
DIREITO DE PROPRIEDADE NAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE, ÀS MARGENS DE RIOS URBANOS**

Mestranda: Janaína Reckziegel

Prof. Orientador: Dr. Wilson Antônio Steinmetz

Caxias do Sul

2006

DEDICATÓRIA

À minha família,
em especial ao meu esposo, Marcos,
e a minha amada filha, Maria Eduarda,
que na paciência do cansaço
souberam esperar por algo
inesgotável: o conhecimento.

Ao mesmo tempo,
aprenderam a acreditar na
certeza infalível de Deus:
a recompensa.

A meus pais,
por tudo...

AGRADECIMENTOS

Pela vida e proteção, agradeço a Deus.

Pela perpetuação da vida e pela educação, honestidade e carinho recebido de meus pais, Bertholdo (in memorian) e Marlene.

Pelo companheirismo, pelo caminhar sol-a-sol, chuva-a-chuva e pelo ladear de sempre a meu esposo Marcos e a minha filha Maria Eduarda.

Pela orientação, dedicação e magia na transmissão do conhecimento a meu orientador Dr. Wilson Antônio Steinmetz.

Pelo ensino, aprendizado e espírito de colaboração a todo o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, em especial aos professores, Agostinho, Raquel, Alindo e Jaime, pelo incentivo à produção acadêmica.

Pelo apoio administrativo, a todos os funcionários da Universidade de Caxias do Sul.

Agradeço também a todos os amigos e parentes que me ajudaram nessa etapa da vida, em especial aos amigos Narciso e Luciane, pela mão estendida nas horas que mais precisei.

REFLEXÃO

no desenvolvimento da cidade
e de todas as coisas
passa a ser um direito e um dever de qualquer cidadão
reconhecer e entender que toda a forma de transformação ao seu redor
tem influência direta na natureza e na vida dos demais...

passa a ser um direito e um dever de qualquer cidadão
entender o sentido da palavra desenvolvimento
que significa progredir, melhorar, originar e gerar
e descobrir que a cidade é também rio e canoa,
choupana e caboclo, cerro e capim, bosque e estrada,
lavoura e galpão,
onde não vivem somente pessoas
mas também outras comunidades de seres vivos
que habitam o mesmo lugar...

passa a ser um direito e um dever de qualquer cidadão
saber que somos minoria no espaço onde vivemos
e estamos em menor quantidade que os pássaros,
os peixes, os répteis, que outros mamíferos e os vegetais
que um bairro residencial é o local de moradia de milhares de pássaros
que encontraram nas árvores seu local de “habitação”
e que o rio desprezado é uma oportunidade escondida
de reencontro e lazer...

passa a ser um direito e um dever de qualquer cidadão
entender que urbanizar não significa desintegrar, sobrepor, anular ou desmatar
urbanizar deverá ser entendido, a bem do desenvolvimento
como a adequação da expansão ao ambiente natural
e aos anseios de seus habitantes

na transformação da cidade e de todas as coisas
passa a ser um direito e um dever de qualquer cidadão
sonhar com o futuro que se espera
e entender que é de sua responsabilidade
a recriação da cidade conforme seu intento...

(Ricardo Monteiro)

RESUMO

Esta dissertação objetiva examinar se, a limitação a construção ou reforma de empreendimentos imobiliários nas áreas de preservação permanente às margens dos rios, em área urbana, como forma de preservação do meio ambiente, acarreta a responsabilidade civil do Estado por eventuais prejuízos sofridos por terceiros a partir da Constituição Federal de 1988. Instrumentam a análise, feita a partir de pesquisa bibliográfica, a legislação brasileira, os conceitos teóricos trazidos pela doutrina e o posicionamento dos tribunais pátrios. Tem-se claro que o processo de industrialização capitaneado a partir da Revolução Industrial transformou as cidades em aglomerações urbanas capazes de causarem irreversíveis impactos sócio-ambientais. A era tecnológica chegou ao seu limite, tornando necessário repensar a posição do homem em relação ao meio ambiente para conservação dos recursos naturais existentes. A legislação, no decorrer da história tem evoluído no sentido de tutela ao meio ambiente. Chega-se ao auge quando a Constituição Federal de 1988 atribui status constitucional ao meio ambiente, titulando-o como direito fundamental e bem de uso comum do povo. A par desta previsão constitucional (art. 225), também no patamar dos direitos fundamentais, encontra-se o direito de propriedade (art. 5º) exigindo a análise jurídica da prevalência dos direitos coletivos e difusos sobre os individuais. Depreende-se da exegese constitucional acrescida da análise legal do Estatuto da Cidade que o direito de propriedade é composto pela função sócio-ambiental. De modo que a propriedade se esvazia de conteúdo quando seu uso gera danos ambientais. Mas, situações há em que o legislador, com vistas a proteger o meio ambiente, fixou áreas de preservação permanente, nos termos do artigo 2º do Código Florestal e ainda, especifica limitações na Lei de Parcelamento do Solo Urbano e Resoluções do CONAMA. Ocorre que faticamente muitos empreendimentos já restam construídos, outros licenciados e alguns lotes, sem projeto algum de construção, em áreas de preservação permanente nas margens de rios urbanos. Sob a égide constitucional e foco principiológico, primando pela conservação do meio ambiente, sem esvaziar o direito de propriedade, apresentam-se como possíveis soluções, para imóveis localizados em áreas de preservação permanente, às margens dos rios urbanos: a) ao proprietário de terreno baldio e sem licença para construção não resta direito à indenização; b) o proprietário que possui licença antes do advento da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (1989), mas ainda não construiu o empreendimento, estará impedido de construir, todavia, resta-lhe direito a indenização pelos danos sofridos; c) o proprietário de edificações consolidadas, que por limitação administrativa não poderá reformar, ampliar ou demolir a área construída, resta-lhe indenização, nos termos da desapropriação indireta. Contudo a indenização não se apresenta como solução economicamente possível aos municípios, sendo mais adequada a transação via elaboração de termos de ajuste de conduta para possibilitar aos proprietários de imóveis consolidados e localizados em áreas de preservação permanente uma compensação pecuniária ou outorga onerosa de requalificação ambiental.

Palavras-chaves: Direito de propriedade, Direito de construir, Rios, Área de preservação permanente, Responsabilidade civil, Estado.

ABSTRACT

The present study intends to examine if the limits to construction or reconstruction of real estate ventures in permanent preserving areas at river banks in an urban area, as a way of conserving the environment, brings about the civil responsibilities of the State for any possible harm suffered by the third party as the Federal Constitution of 1988 claims. It empowers the analysis made from bibliography research, the Brazilian Legislation, the theoretical concepts brought about by the doctrine and the positioning of the Brazilian courts. It has been clear that the industrialization process started at the Industrial Revolution changed cities into urban agglomerations which can cause irreversible impacts onto the environment. The technological era reached its limits, making it necessary to rethink the man's attitude in relation to the environment for the conservation of the existing natural resources. The legislation has evolved throughout history in the means of environmental protection. The peak is reached when the Federal Constitution of 1988 assigns constitutional status to the environment, entitling it as the fundamental right and property for common use among the people. Being knowledgeable of that constitutional prevision (article 225) also at the fundamental rights level, it is found the right of property (article 5th) demanding a legal analysis of the prevailing of collective and diffused rights over the individual ones. It is understood through the constitutional exegesis added by the legal analysis of the City Statute that the right of property is made up of the social environmental functions, so much that the property gets empty of subject when its use generates environmental damages. However, there are situations when the legislator, trying to protect the environment set areas of permanent conservation, as it is established in the 2nd Article of the Forest Code and, furthermore, it specifies limits in the Urban Land Parceling and Resolutions Law of CONAMA. It occurs that there are many enterprises which have already been built, others are licensee and some sites without any construction plan are located in permanent preserving areas at urban river banks. Under the constitutional support and the principle logic focus, priming for the environmental conservation, without emptying the right to property, they are presented as possible solutions for real estates located in permanent preserving areas, at the urban river banks: a) to the owner of unused plot of land and without construction license there is no right for compensation; b) the owner who has the license issued before the advent of the Urban Land Parceling Law (1989), but has not built the enterprise yet, it will not be allowed to build it, however, he has the right for compensation due to the harms suffered; c) the owner of consolidated building, who, because of administrative limits will not be allowed to remodel, extend or demolish the constructed area, will be reimbursed, in the terms of indirect dispossess. However, the compensation or reimbursement is not presented as an economically possible solution for the municipalities, being thus the transaction through elaboration of adjusting terms of procedure more adequate to make it possible for the owners of the consolidate real estates which are located in areas of permanent conservation a pecuniary compensation or onerous warrant of environmental re-qualification.

Key-words: Right of property, Right to construct, Rivers, Permanent preservation areas, Civil responsibility, State.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	2
AGRADECIMENTOS.....	3
REFLEXÃO.....	4
RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUÇÃO.....	8
REFERÊNCIAS.....	100
ANEXOS.....	114
Vista aérea do município de São Paulo, no Estado de São Paulo.....	115
Fotos da cidade de Blumenau no Estado de Santa Catarina.....	116
ANEXO III.....	120
LEI COMPLEMENTAR N° xxx.....	131
MÁRCIO CONTI JUNIOR.....	138
ARESTIDES FIDELIS.....	138
MÁRCIO ERNANI SANDER.....	138
ANTÔNIO MARCOS GAVAZZONI.....	138
EUCLIDES BASSO.....	138
LUCIMAR SAVARIS.....	138

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por **tema** o estudo da responsabilidade civil do Estado frente às limitações administrativas impostas ao direito de propriedade, especificamente nos imóveis situados nas áreas de preservação permanente, às margens de rios urbanos.

A questão desperta interesse jurídico devido à inclusão das áreas urbanas na legislação ambiental que tutela as margens dos rios como áreas de preservação permanente e, ainda, pela alteração legislativa que trouxe variação nas metragens de recuo de proteção nas áreas de preservação.

O tema empolga por tratar de direitos fundamentais, tutelados constitucionalmente, que sua natureza se inter-relacionam diretamente com os interesses do homem contemporâneo: propriedade e meio ambiente.

A questão ambiental em suas múltiplas faces amedronta o habitante da cidade, que originário de uma cultura arraigada no individualismo foca seu olhar no direito de propriedade.

Ao passo que muito se escreve a respeito do tema, outro tanto continua a gerar conflitos e dúvidas na concretização dos direitos fundamentais.

O estudo não parte do hoje, pois considera o homem como sujeito de sua história, construído a partir de vivências que eclodem no cotidiano. Habitar margens de rios e acreditar ser dono exclusivo e ilimitado de uma parte determinada de terra faz com que irracionalmente o homem urbano produza um futuro insustentável nos espaços públicos. Todavia, esvaziar o direito de propriedade em nome de um bem de uso comum de todos (meio ambiente) foge à compreensão média.

Enquanto se chocam o direito à propriedade e o direito ao meio ambiente, o planeta Terra vai seguindo por uma crise ambiental. E a ação desmedida do homem afeta e desequilibra a biodiversidade, desencadeando formas bruscas de reação ambiental (vendavais, terremotos, enchentes).

O ordenamento jurídico caminha no sentido de minimização da crise ambiental e conservação dos recursos naturais que restam, pela fixação de normas punitivas, limitativas e premiais.

Para o mundo acadêmico é indispensável acompanhar a evolução dos institutos jurídicos na busca de construção de conhecimentos e do aprimoramento dos debates partindo

das teses já postas. Ainda maior relevância há quando se visualizam conflitos – o cerne da existência de normas.

No plano da fundamentação e da construção, as **questões** são estas: (a) o município tem o dever de indenizar os proprietários de lotes localizados nas áreas de preservação permanente, às margens de rios urbanos, com vistas às limitações ao uso da propriedade? (b) se o proprietário possui licença para construção, a limitação administrativa gera dever de indenizar? (c) se o empreendimento estiver consolidado, a limitação administrativa para reformar, ampliar e demolir gera indenização?

Essas situações indagam o direito como instrumento de solução de conflitos. Daí a busca de diretrizes e mecanismos operacionais que facilitem dar resposta às necessidades de desenvolvimento e às exigências de qualidade ambiental dentro de um contexto determinado – neste caso, o município.

Para responder às questões postas adotam-se como **premissas**: (a) a Constituição Federal reconhece a propriedade e o meio ambiente como direitos fundamentais; (b) o conflito aparente entre os direitos fundamentais não se resolve pela simples aplicação da Constituição Federal porque estes se encontram no mesmo patamar hierárquico; (c) os conflitos contemporâneos exigem a aplicabilidade de teorias que garantam a concretização dos direitos fundamentais.

Esta dissertação utiliza-se do **método** analítico e da interpretação sistemática, entrecruzando para compreensão a legislação, doutrina e jurisprudência pátrias. A doutrina não abandona os clássicos e mergulha na contemporaneidade. Estrutura o problema de pesquisa. Faz resgate histórico dos conceitos básicos e análise legal e ao final sugere, com base principiológica e constitucional, os possíveis caminhos a serem percorridos no caso concreto de choque entre o direito de propriedade e a preservação das áreas de proteção permanente.

O trabalho se situa no campo da dogmática jurídica que tem por objeto as normas jurídicas válidas, baseada no princípio da supremacia da Constituição. A interpretação opera sob a égide constitucional no processo sistemático, relacionando as normas concernentes ao objeto em estudo. Acresce-se a este a técnica interpretativa histórica com vistas a descobrir o sentido e o alcance da norma e dos institutos jurídicos envolvidos na constituição do problema.

No Capítulo I, encontram-se definições, redefinições e distinções terminológicas e conceituais necessárias à contextualização e delimitação precisa do objeto de investigação. O Capítulo II, trata das competências dos entes federados, definindo neste aspecto a área de

preservação permanente para eliminar a aparente contradição entre as normas jurídicas aplicáveis ao caso sob análise. No Capítulo III, o objeto é a responsabilidade civil do Estado com focalização específica das questões de pesquisa e exposição das teorias e princípios que podem ser aplicados na apresentação de possíveis soluções.

A contribuição que se pretende é na construção de um instrumento de estudo que alimente a discussão da importância de conservação das áreas de preservação como base da manutenção e estabelecimento da qualidade de vida para todos.

1 OCUPAÇÃO URBANA X MEIO AMBIENTE – DEMARCAÇÃO DE TERRITÓRIOS

Há milhares de anos que as cidades, que são um dos problemas mais complexos que afligem a humanidade, existem. Há milhares de anos que elas são a expressão de um propósito que se exprime através de traços matemáticos, geométricos, filosóficos, ideológicos, simbólicos, ou outros..., sem que seja alguma vez possível reduzi-las a uma utopia simplificadora, porque elas são o reflexo da complexidade da vida de todos os dias.¹

A temática aqui proposta aborda a problemática das áreas de preservação permanente às margens dos rios urbanos. A fundamentação constitucional sustenta a análise, contemporizando o direito de propriedade com o direito ambiental e urbanístico.

1.1 *Polis, urbe, cidade: espaços de ocupação humana*

Existem vestígios que testemunham a preocupação com a organização hierarquizada dos espaços desde pelo menos o quarto milênio antes de Cristo. Os registros podem ser percebidos em cidades antigas situadas nos vales dos grandes rios como o Nilo, no Egito, o Tigre e Eufrates, na Mesopotâmia, o Indo, na Índia, e o Huang-Ho, na China, espaços de ocupação humana².

Em torno do ano de 5.000 a.C. surgem nas planícies aluviais do Oriente Próximo as primeiras povoações qualificadas como cidades. À época, os produtores de alimento são persuadidos a produzirem um excedente a fim de manter uma população de especialistas: artesões, mercadores, guerreiros, sacerdotes, que residem na urbe, e controlam o campo³ e acabam por deflagrar uma organização com vistas a um bem: manutenção do grupo.

Aristóteles assevera:

vemos que toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem mais que todas este objetivo e visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a comunidade política.⁴

O filósofo define a cidade como a forma última da comunidade humana, que pode

¹ DELFANTE, Charles. **A grande história da cidade: da Mesopotâmia aos Estados Unidos**. Trad. Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 11. (Série O Homem e a cidade)

² HAVOVEL, Jean Louis. **História do urbanismo**. Tradução Ivone Salgado. Campinas, SP: Papirus, 1990.

³ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 2.

⁴ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997, L. I, Cap. I, 125a, p. 12.

permitir ao homem uma “vida melhor”. Pode-se evidenciar tal afirmativa quando Aristóteles diz:

a comunidade constituída a partir de vários povoados é a cidade definitiva, após atingir o ponto máximo de uma auto-suficiência praticamente completa; assim, ao mesmo tempo que já tem condições para assegurar a vida de seus membros, ela passa a existir também para lhes proporcionar uma vida melhor. Toda a cidade, portanto, existe naturalmente, da mesma forma que as primeiras comunidades; aquela é o estágio final destas, pois a natureza de uma coisa é o seu estágio final [...]. Estas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade [...], e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão.⁵

A cidade, portanto, é o produto da necessidade de sociabilidade humana.

Boutrox afirma por seu princípio naturalista que em ordem cronológica a primeira sociedade que se forma é a família, depois a união de muitas delas (aldeia) e só após é que vem a cidade, sendo a mais elevada das sociedades⁶. Mas, do ponto de vista da natureza, a cidade vem antes dos indivíduos, da família e da aldeia, do mesmo modo como o todo vem antes das partes⁷. Portanto, a cidade é o acabamento, é o fim, é o termo de desenvolvimento histórico que conduz os homens a se associarem em comunidade.

A teoria naturalista de Aristóteles (384-322 a.C.), desenvolvida na obra “Política”, implica basicamente considerar a cidade ou a constituição de comunidades como consequência da característica natural do homem de viver associado aos seus semelhantes. Para Aristóteles, “o homem é, por natureza, um ser político” com necessidade de viver em sociedade para preservar a vida, visando sempre o bem comum. A diferença entre o homem animal político dos demais, reside no poder da palavra, que o permite, não somente sentir, mas, expressar por meio do discurso, do prazer e da dor, o justo e o injusto, o bem e o mal. Segundo o Autor, “a cidade é, por natureza, anterior à família e a cada um de nós”, haja vista que o indivíduo isolado⁸ não é auto-suficiente; incapaz, portanto, de sobreviver⁹.

A cidade é o centro motor da evolução e as suas rápidas transformações mostram as

⁵ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997, L. I, Cap. I, 125a, p. 15.

⁶ Citado por: DALL’IGNA, Justina Inês. **A função social da propriedade urbana e suas implicações sócio-jurídicas**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Caxias do Sul – UCS, Caxias do Sul, 2004, p. 92.

⁷ BOUTROX, Émile. **Aristóteles**. São Paulo: Record, 2000, p. 121.

⁸ É na cidade e pela cidade que o homem é homem. RECKZIEGEL, Janaína. **Introdução ao conceito de cidade**. In: PAVIANI, Jayme; SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes (Orgs.). **Homem, natureza, direito**. Notas de estudo sobre o Biodireito e Direito Ambiental. Caxias do Sul: Edcus, 2005, p. 174.

⁹ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997, L. I, Cap. I, 125a, p. 49-55.

mudanças mais profundas da composição e das atividades das classes dominantes¹⁰, que influenciam toda a sociedade, dando início à aventura da civilização, que corrige continuamente as suas formas provisórias¹¹.

O conceito de cidade evolui acompanhando processo de integração sócio-histórica de grupos, da apropriação de riquezas, da industrialização e os métodos científicos, desembocando na cidade industrial moderna.

Não é tarefa simples conceituar cidade, até porque esta é o reflexo da complexa vida humana, mas Júlio César de Sá da Rocha¹² apresenta alguns fundamentos que auxiliam na compreensão, sob alguns aspectos: A) no conceito da sociologia urbana cidade como “situação humana”, e “uma organização geral da sociedade”, “centro de consumo de massa” ou “fábrica social”; B) no conceito demográfico e quantitativo está baseado no número de habitantes do núcleo urbano; C) no conceito econômico é o conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e sócio-culturais no sistema nacional geral; D) e no conceito jurídico-político a cidade consiste em um núcleo urbano, sede do governo municipal.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, o centro urbano só adquire a categoria de cidade quando seu território se transforma em Município¹³, pessoa de direito público interno¹⁴.

No Brasil, a sociedade tornou-se urbana, a partir do final do século XIX, após a Revolução Industrial. Até 1930 o Brasil era um país essencialmente rural¹⁵. O desenvolvimento industrial, ocorrido a partir da década de 40, trouxe novo impulso ao processo de urbanização, pois a população começou a deixar o campo para viver na cidade.

Dois fatores fundamentais deflagraram a urbanização brasileira: a decomposição das estruturas agrárias e a migração para os centros urbanos atendendo a crescente necessidade de mão-de-obra para a indústria.

¹⁰ Classe Dominante é o termo utilizado para designar a classe social que controla o processo econômico e político. Especialmente para a análise marxista, dentro do sistema capitalista, classe dominante corresponde à burguesia, ou seja, refere-se especialmente à classe social detentora dos meios e da capacidade de organizar a produção capitalista, ainda que não necessariamente tenha o controle total do processo de expansão econômica. Marx, observa que: “A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes”. (MARX, Karl; ENGELS, F. **Manifesto comunista**. 5. ed. São Paulo: CHED, 1984, p. 8).

¹¹ BENEVOLO, Leonardo. **História da cidade**. 3. ed. Trad. Silvia Mazza. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 26.

¹² ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 4-5.

¹³ Para Pontes de Miranda “o município é a cidade que o Direito faz. A cidade é porque o indivíduo assim quer. O Município é porque a Lei assim determina. Como o indivíduo começa a sua caminhada histórica pela infância, o Estado inicia sua organização pela cidade”. (MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 331).

¹⁴ No Brasil o município é elevado à categoria de ente federado conforme artigo 1º e 18 da Constituição Federal de 1988.

¹⁵ Em pouco mais de uma geração a partir dos meados deste século (XX), o Brasil, um país predominantemente agrário, transformou-se em um país virtualmente urbanizado. In: DEÁK, Deák; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 11.

os trabalhadores desprovidos de seus meios de subsistência afluíam às cidades, onde se tornariam assalariados na produção e circulação de mercadorias. No processo, as cidades, além de começarem a crescer, iam perdendo suas características em contraponto ao campo, uma vez que incorporavam agora a produção de mercadorias para se transformarem em aglomerações urbanas. A dicotomia campo-cidade ia desaparecendo. O *trabalho assalariado* – vale dizer, o desenvolvimento do capitalismo –, a *industrialização* e a *urbanização* não são apenas inseparáveis ou inter-relacionados: são um só processo.¹⁶

Neste mesmo sentido, Júlio César de Sá da Rocha¹⁷ entende por urbanização a concentração de população em cidades e conseqüente mudança sócio-cultural dessas populações, ou ainda, aumento da população urbana em detrimento da rural.

Desde o Brasil colônia não existia uma noção de legalidade urbana que pudesse configurar um desenho de cidade. Os portugueses permitiam uma ocupação livre da terra, desde que os lucros do comércio real e a ocupação da colônia estivessem garantidos. Além disso, o caráter centralizador do sistema de capitanias hereditárias não abriu espaço para um poder político municipal substantivo¹⁸.

A ocupação urbana foi-se operando desordenadamente.

as cidades que assim se formaram são dos mais diferentes tipos: veja-se o exemplo do Brasil que hoje tem mais de 75% de seus habitantes vivendo nas cidades, as quais por sua vez não se equiparam para recebê-los, gerando o que Ignacyo Sachs chamou de “purgatórios urbanos”, que são as periferias das grandes cidades, onde cidadãos que não têm acesso ao mínimo de condições de vida vivem aquilo que só é diferente do inferno porque há esperança de salvação.¹⁹

No processo de urbanização não existia a preocupação com a preservação das margens dos rios e vegetação ribeirinha (mata ciliar). Esta despreocupação²⁰ associada com a industrialização moderna começou a ocasionar impactos ambientais como: grandes erosões, assoreamento, enchentes, extinção da mata ciliar, poluição dos rios, entre outros. E, com o crescimento das cidades e adensamento da população, estes problemas se agigantaram, ocasionando profundas alterações no ambiente urbano.

¹⁶ DEÁK, Deák; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 16.

¹⁷ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 6.

¹⁸ ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo**. 3. ed. São Paulo: FAPESP, 2003, p. 16. (Coleção cidade aberta).

¹⁹ PHILIPPI Jr., Arlindo et al. (editores). **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999, p. 21.

²⁰ A forma de apropriação do espaço e a criação das cidades brasileiras seguiram o modelo português, com ocupação livre da terra, sem preocupação urbanística, disciplinando apenas questões de ordem jurídica e fiscal. In: DALL’IGNA, Justina Inês. **A função social da propriedade urbana e suas implicações sócio-jurídicas**. Caxias do Sul: UCS, 2004, p. 92. (Dissertação).

José de Ávila Aguiar Coimbra²¹ afirma que

a cidade é por excelência o ambiente do Homem... Com efeito é da cidade que disparamos nossas ações tecnológicas sobre a Natureza; dela partimos para criar ecossistemas artificiais que sirvam à nossa alimentação e às muitas modalidades de produção que empresariamos. Nesta perspectiva, alguns cientistas sociais consideram a cidade como o centro mecânico de um ou mais ecossistemas.

Para Charles Delfante²² parece completamente inútil recordar que as cidades, que se esvaziaram de alma e de espírito, por falta de comunidade, deixaram de o ser: são apenas aglomerações²³ sem um limite, sem a expressão de um pensamento diretor, já não são os espelhos das sociedades que as formaram.

Sob o mesmo foco, o geógrafo Milton Santos²⁴ afirma que a organização interna de nossas cidades grandes, pequenas e médias, revela um problema estrutural, cuja análise sistêmica permite verificar como todos os fatores mutuamente se causam, perpetuando a problemática.

E diz Júlio César de Sá da Rocha:²⁵

nas grandes cidades, a alteração e degradação dos recursos ambientais e da paisagem urbana vêm se multiplicando, concomitantemente com a depreciação da forma de vida de grande parcela da população, caracterizada por fenômenos como o efeito estufa, a poluição atmosférica provocada pelos veículos, o tráfego intenso, o crescimento das favelas, a miséria absoluta, etc.

O século XX vai certamente ficar na história da humanidade como aquele que, entre outras mudanças expressivas determinadas pelas atividades humanas, viu multiplicarem-se as cidades²⁶ de forma nunca ocorrida anteriormente, em número, tamanho da população e áreas ocupadas, e complexidade dos impactos sobre os locais onde elas vieram a se assentar.²⁷

O impacto sócio-ambiental decorrente da aglomeração de pessoas e das atividades econômicas, especialmente concentradas nas cidades, faz emergir na sociedade a aflorada discussão da necessidade de construção do desenvolvimento sustentável.

²¹ COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **O outro lado do meio ambiente**. São Paulo: CETESB, 1985.

²² DELFANTE, Charles. **A grande história da cidade: da Mesopotâmia aos Estados Unidos**. Trad. Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 17. (Série O Homem e a cidade).

²³ Neste sentido: MENEGAT, Rualdo; ALMEIDA, Gerson (Org.). **Desenvolvimento sustentável e gestão ambiental nas cidades: estratégias a partir de Porto Alegre**. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 91.

²⁴ SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1993, p. 97.

²⁵ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 6.

²⁶ Segundo o IBGE, Censo Demográfico 2000, cerca de 47% da população mundial concentra-se nas cidades. In: MENDONÇA, Francisco (Org.). **Impactos socioambientais urbanos**. Curitiba: UFPR, 2004, p. 5.

²⁷ PHILIPPI Jr., Arlindo et al. (editors). **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999, p. 21.

A problemática é de cunho sócio-ambiental, sendo indispensável para compreendê-la conceituar meio ambiente.

1.2 Meio ambiente

Na linguagem técnica meio ambiente é “a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão²⁸”. É constituído por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações.

Pode-se, ainda, conceituar “meio ambiente” como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas²⁹”.

Edis Milaré³⁰ distingue o conceito de meio ambiente sob duas perspectivas: uma estrita e outra ampla.

numa visão estrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, de outro, com o meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções.

Corroborando Jonathan Turk e Amos Turk afirmam que nem todos os ecossistemas³¹ são naturais, existindo também “ecossistemas sociais”.

O meio ambiente natural ou físico³² é construído por solo, água, ar atmosférico, flora e fauna. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem.

O meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído pelo homem, consistindo num conjunto de edificações (cidade, local para o homem habitar, viver).

²⁸ BERNARD, J. Nebel. Environmental science. **The way the works**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1990, p. 576.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.

³⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 99.

³¹ “Ecossistema é um sistema formado pelas interações de vários organismos individuais entre si e com seu meio físico” (TURK, Jonathan; TURK, Amos. **Environmental science**. Philadelphia: Saunders College Publishing, 1988, p. 58).

³² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

O espaço urbano se classifica em espaço urbano fechado (edificações) e espaço urbano aberto (equipamentos públicos).

O legislador ordinário brasileiro considerando a existência de aspectos artificiais, culturais e naturais do meio ambiente traçou uma definição legal, a qual consta no artigo 3º da Lei 6.938, de 31.08.1981: “meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas³³”.

Tecnicamente, meio ambiente é um pleonismo, que segundo Antunes³⁴ consta do texto constitucional (1988) para facilitar a compreensão pelos cidadãos – destinatários finais da norma. Caso contrário poder-se-ia utilizar apenas a expressão ambiente.

Por sua vez, Alindo Butzke afirma que “meio ambiente é realmente mais rica e não pleonástica”. Explica que há uma relação intrínseca de coexistência obrigatória entre o ser e o meio. Pode-se afirmar que não existe ser sem ambiente. Contudo, a recíproca não é verdadeira, podendo existir meio sem o ser, sem condições de vida, como é o caso da Lua e de Marte, por exemplo. Logo, “o meio se torna ambiente em função do ser”³⁵.

Os conceitos apresentados permitem afirmar que o meio ambiente tem uma abrangência extraordinária, abarcando todos os componentes da biosfera.

O constituinte brasileiro não criou um conceito técnico para meio ambiente, mas, devido a sua importância, deu-lhe *status* constitucional, recepcionando-o como um direito, previsto no artigo 225 da Constituição:

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 a 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:

I - Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

[...]

VII - Proteger a fauna e flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.³⁶

Como salienta Raul Machado Horta,³⁷ “a Constituição da República de 1988 exprime

³³ ROCCO, Rogério. **Legislação brasileira do meio ambiente**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 86.

³⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 161.

³⁵ BUTZKE, Alindo. Os fundamentos ecológicos das questões ambientais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Trabalho e Ambiente**. Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 111-123, jan./jun. 2002.

³⁶ Constan apenas os extratos que interessam à questão de pesquisa. (MIRANDA, Sandra Julien (Coord.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Rideel, 2001, p. 95).

³⁷ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 319.

o estágio culminante da incorporação do Meio Ambiente ao ordenamento jurídico do País”. O meio ambiente encontra-se dentro do rol dos direitos fundamentais, ou seja, o direito à vida, pois sem este direito fundamental a humanidade estaria condenada a morrer.

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana³⁸ como fundamento da República (art. 1º, III, CF)³⁹ o constituinte brasileiro tutela o meio ambiente como patrimônio comum, pois “sabe-se que, sem qualidade ambiental, inexiste tutela da dignidade humana”.⁴⁰ Reportando-se às idéias de Aristóteles⁴¹ conclui-se que a promoção do bem comum traz a felicidade individual dos cidadãos.

Sob a ótica do Direito Freire⁴² conceitua meio ambiente “como uma instituição jurídica, considerando-se que as normas ambientais nada mais fazem do que organizar a utilização dos bens ambientais pelo homem”.

Neste sentido Antunes⁴³ leciona que a Constituição adotou a posição conservacionista do meio ambiente ao permitir a intervenção humana no manejo ecológico das espécies e ecossistemas (art. 225, § 1º, I) com o objetivo de que a biodiversidade seja útil ao ser humano. Para o autor a proteção ambiental tal qual concebida pelo constituinte é para ser feita no processo de desenvolvimento econômico e social, isto é, com conservação.⁴⁴

A proteção ao meio ambiente deve ser de forma concentrada com a preservação dos recursos naturais da humanidade, independentemente da preocupação de domínio desses recursos naturais, pois é o próprio texto constitucional que condiciona a proteção do meio ambiente às presentes e futuras gerações.

Do conceito constitucional compreende-se que o meio ambiente “deixou de ser uma

³⁸ Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte o Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62).

³⁹ CF, art. 1º [...]

III – a dignidade da pessoa humana.

⁴⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 2002, p. 157.

⁴¹ ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988, p. 58.

⁴² FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Aide, 1998, p. 17.

⁴³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 2002, p. 167.

⁴⁴ A posição do conservacionismo se opõe ao preservacionismo. Este é uma atitude que “na prática serve para congelar os importantes usos de nossos recursos naturais e não serve aos interesses do necessário desenvolvimento econômico e social de que o país necessita” (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Jurídica Ltda., 2002, p. 171).

coisa abstrata, sem dono, para ser um bem de uso comum do povo”⁴⁵. Aristóteles⁴⁶ é crítico à posse comum dos bens ao afirmar que “nada inspira menos interesse que uma coisa cuja posse é comum a um grande número de pessoas”. Isto talvez justifique o descuido do meio ambiente pelo homem, obrigando o legislador a fixar punições às degradações ambientais, como por exemplo, a Lei 9.605/98.⁴⁷

Ao classificar-se como bem de uso comum, o meio ambiente torna-se insuscetível de divisibilidade. Sob este aspecto pode-se aplicar a lei fixada por Hobbes⁴⁸ que preleciona que as coisas que não podem ser divididas sejam gozadas em comum.

Para Júlio César de Sá da Rocha⁴⁹ o direito ao meio ambiente é direito nitidamente difuso, à medida que pertence a todos de forma indeterminada.

Salienta o autor francês Alexandre Kiss⁵⁰ que

o meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum da humanidade, para garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras, independentemente das fronteiras, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) de determinado país. (tradução livre)

O meio ambiente como patrimônio comum da humanidade⁵¹ é a materialização dos seus interesses comuns em relação aos seus recursos naturais e a proteção ao meio ambiente na conjugação de esforços de todos os Estados do mundo no sentido de sobrevivência da própria espécie humana.

A proteção do meio ambiente expresso pela Constituição deve ser abarcada pelo Direito Internacional também, como assevera Guido Fernando Silva Soares⁵²:

no fundo, o meio ambiente é um conceito que desconhece os fenômenos das fronteiras, realidades essas que foram determinadas por critérios históricos e

⁴⁵ FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Aide, 1998, p. 19.

⁴⁶ ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988, p. 29.

⁴⁷ Lei que define os crimes ambientais.

⁴⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 92 (Coleção Os Pensadores).

⁴⁹ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 18.

⁵⁰ KISS, Alexandre Charles. **Patrimoine commun de l'humanité. Recueil des cours**. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1982 – tome 175 de la collection. Paris: Martinus Hijhoff, 1982, p. 120 e 134.

⁵¹ Esse patrimônio comum da humanidade é o resultado de uma evolução teórica do Direito Internacional, incorporado pelo texto constitucional, que passou a reconhecer a humanidade como sujeito de direito, além da possibilidade de exploração dos recursos comuns por organismos internacionais. (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2028-2029).

⁵² SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 298.

políticos, e que se expressam em definições jurídicas de delimitações dos espaços do Universo, denominadas fronteiras. Na verdade, ventos e correntes marítimas não respeitam linhas divisórias fixadas em terra ou nos espaços aquáticos ou aéreos, por critérios humanos, nem as aves migratórias ou os habitantes dos mares e oceanos necessitam de passaportes para atravessar fronteiras, as quais foram delimitadas, em função dos homens.

Nota-se que a tutela do meio ambiente⁵³ não é um simples modismo ecológico; é um tema cuja importância transcende, no mundo atual, as próprias fronteiras nacionais, porque repercute na qualidade de vida humana no planeta.

Como bem ressalta Pascale Kromarek,⁵⁴ “existe a necessidade de uma adaptação de certos dispositivos para o combate à poluição da água e do ar”. Essa necessidade de preservação dos recursos naturais por transcender fronteiras e, conseqüentemente, na manutenção do equilíbrio mínimo ao meio ambiente, estará sempre a exigir uma adaptação dos conceitos tradicionais do Direito para fins de aplicação.

O planeta Terra se torna a cada dia diferente e mais artificializado, e, por conseguinte, algumas medidas devem ser enfatizadas como: o rigor no planejamento, zoneamento, ocupação e uso do solo; o cuidado especial com o entorno das cidades, as paisagens naturais circundantes e paisagens urbanas propriamente ditas; e o incentivo para manter e criar áreas de preservação e proteção ambiental, para que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja exercido na forma de desfrute de um meio ambiente saudável.

Coadunar a direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito à propriedade, partindo do prisma que a divisão e mercantilização do solo gerados pela apropriação privada é geratriz da problemática socioambiental⁵⁵, passa para compreensão da evolução e atual conteúdo do direito de propriedade.

⁵³ Indiscutivelmente, a tutela do ambiente tem merecido a atenção de toda a humanidade, sendo objeto de preocupação nos mais diversos países do Planeta. Pode-se afirmar, sem exagero, que a sobrevivência da espécie humana e sua digna qualidade de vida dependem da sustentação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A chamada função ambiental depassa a órbita do Estado e chama o cidadão, individual ou coletivamente, para exercer algumas de suas missões, em decorrência da qualidade do bem ambiental, de acentuado interesse comum e supraindividual. (FREITAS, Wladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 34).

⁵⁴ KROMAREK, Pascale. Droit communautaire. **L'écologie et la loi**: lê statut juridique de l'environnement. Paris: Editions L'Harmattan, 1989, p. 140.

⁵⁵ BITOUN, Jan. **Impactos socioambientais e desigualdade social**: vivências diferenciadas frente à mediocridade das condições de infra-estrutura da cidade brasileira: o exemplo de Recife. In: MENDONÇA, Francisco (Org.). **Impactos socioambientais urbanos**. Curitiba: UFPR, 2004, p. 256.

1.3 O direito de propriedade

O conceito de propriedade modificou-se no tempo, acompanhando o processo histórico e produtivo. A seguir colecionam-se os posicionamentos de alguns filósofos e doutrinadores que relatam esta modificação.

A propriedade privada é apontada por Rousseau⁵⁶ como a origem das desigualdades sociais. Thomas More⁵⁷ a critica veemente e advoga sua extinção⁵⁸. Estas duas leituras deflagram a importância de se analisar o conceito de propriedade, para compreender melhor o meio ambiente, como bem de uso comum do povo (art. 225, CF).

O filósofo grego Aristóteles harmoniza as esferas da propriedade pública e privada ao afirmar que “propriedade é uma palavra que deve ser compreendida como parte: a parte não se inclui apenas no todo, mas pertence ainda, de um modo absoluto, a qualquer coisa além de si própria”⁵⁹. Assim, a propriedade deve reunir as características da propriedade privada e da comum, tornando-se a propriedade privada comum pelo uso que dela se faz. Aristóteles traz aí a noção da função social da propriedade. O domínio é privado e o uso, como se fosse comum.

Para Hobbes⁶⁰ a propriedade é uma prerrogativa concedida pelo Estado; um ato de poder, tendo em vista a paz pública; “é a constituição do meu, do teu e do seu”.

Divergindo das idéias de Hobbes, Locke afirma que a propriedade é um direito natural, não passível de limitação e intervenção pelas leis instituídas pelo Estado. A privada resulta da ingerência do homem na terra, ao transformá-la por intermédio de seu trabalho. Fernanda de Salles Cavedon⁶¹ compara os pensamentos dos filósofos ao citar:

entende-se que LOCKE era defensor de um Estado democrático e que o contrato social, do qual este resultava, tinha como objetivo a garantia dos direitos individuais inerentes ao estado de natureza, dentre estes a Propriedade, enquanto HOBBS visava ao Estado Absoluto, com o objetivo de restringir os direitos individuais, que seriam transferidos ao poder soberano, como meio de garantir a conservação e a paz social, entendendo a Propriedade como uma criação do Estado.

⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lurdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 265. (Coleção Os Pensadores).

⁵⁷ MORE, Thomas. **A utopia**. Trad. Luís de Andrade. Bauru: Edipro, 1994, p. 53.

⁵⁸ Sobre o caráter negativo da propriedade privada do solo ver HANS BERNOULLI, **le stadt und ihr boden, verlag für architektur**. Erlenbach-Zurique, 1946 citado por ROSSI, Aldo. **A arquitetura da cidade**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 233.

⁵⁹ ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988, p. 15.

⁶⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 150. (Coleção Os Pensadores).

⁶¹ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 39.

Rousseau⁶² partilha do entendimento de Hobbes de que a propriedade só tem origem a partir da instituição do Estado. Para ele, a posse dá-se por ocupação do que é necessário à subsistência e se aperfeiçoa na propriedade, garantida pelas leis. Rousseau subordina a propriedade ao bem comum.

Por fim, não por esgotamento de análise dos filósofos, mas por suficiência para o entendimento da matéria, coleciona-se o entendimento de Leon Duguit⁶³, responsável pela noção de função social da propriedade, para quem:

la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumpl esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.

Duguit influenciou definitivamente a formação da concepção contemporânea de propriedade, já sinalizada por Rousseau e Aristóteles, como visto.

Paralela a evolução teórica traçada pelos filósofos faz-se análise das gerações de direitos, num contexto mais contemporâneo.

Sob esta ótica, o conceito de propriedade acompanhou a evolução das três gerações de direitos⁶⁴.

Na primeira geração, coexistente com as Constituições brasileiras de 1824 e 1891, a propriedade era garantida em sua plenitude. Na vigência desta, em 1916, entra em vigor o Código Civil Brasileiro, conferindo ao domínio a presunção de exclusivo e ilimitado⁶⁵ (artigo 527).

Com a Constituição de 1934 a propriedade ganha contornos sociais e se coaduna com os direitos sociais de segunda geração, ao dispor que direito de propriedade não poderia ser exercitado contra o interesse social ou coletivo (art. 113). Há a inserção da noção de função social da propriedade na Constituição.

⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lurdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 44. (Coleção Os Pensadores).

⁶³ DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho – publico y privado**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aires: Heliasta, s/d, p. 179.

⁶⁴ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 58.

⁶⁵ Art. 524 – 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.

Art. 525 – É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel.

A Constituição de 1937 assegurou o direito de propriedade, mas não lhe fixou conteúdo (art. 122). Constituição de 1946 garantiu o direito de propriedade condicionando o seu uso ao bem-estar social. (art. 147).

O Estatuto da Terra – Lei 4.504, que entrou em vigor em 1964 passa a assegurar a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionado-a a sua função social⁶⁶.

A Constituição de 1967 trouxe, pela primeira vez, a expressão função social da propriedade, incluindo-a dentre os princípios fundamentais da ordem econômica e social, previsão mantida na Constituição de 1969 (Emenda Constitucional 01/69)⁶⁷.

Conforme leciona Fernanda de Salles Cavedon⁶⁸ “as mudanças sociais e políticas, as novas necessidades e carecimentos e a incorporação de novos valores pela Sociedade acarretam uma evolução dos direitos, através do surgimento de novos direitos e a reformulação dos direitos já existentes”, deflagrando o nascimento dos direitos de terceira geração, que são abarcados pelo constituinte de 1988.

O conteúdo do direito de propriedade foi definido, ao longo da história, de maneiras, às vezes coincidentes, às vezes diferentes e em cada momento. É possível afirmar que a noção de propriedade definiu-se no sentido do individual para o social. Tal fato deve-se, sobretudo, à progressiva incorporação do princípio da função social da propriedade nos ordenamentos jurídicos de diversos países.⁶⁹

A Constituição Federal estabelece dentre os direitos e garantias fundamentais⁷⁰ que a propriedade atenderá a sua função social – art. 5º, inciso XXIII, e define o conteúdo dessa função social nos artigos 182, § 2º e 186, conforme segue:

⁶⁶ Art. 2 – É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. Parágrafo primeiro – A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela trabalha, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

⁶⁷ KRINGS, Ana Luiza Silva Spínola. Aplicação prática do conceito de função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na Bacia Hidrográfica do Guarapiranga-SP. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 10, n. 39, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 15.

⁶⁸ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 58.

⁶⁹ MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003, p. 42.

⁷⁰ A lógica para se saber se um direito é fundamental ou não, é só nós fazermos a seguinte pergunta: podemos viver sem este direito? Se a resposta for não, então este direito é um direito fundamental, no caso a propriedade.

Art. 182, § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Neste aspecto, a Constituição de 1988 inova, abarcando direitos de terceira⁷¹ geração⁷² ao dotar a propriedade da função ambiental.

A Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade⁷³ - regulamentou as disposições previstas nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Neste sentido, Daniella S. Dias⁷⁴ afirma:

o Estatuto da Cidade é uma lei nacional que fixa as diretrizes gerais para a execução de políticas urbanas, estabelecendo normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana, delimitando de forma precisa e com contornos claros, o que seja função social.

No geral, a proteção constitucional da propriedade é dada apenas quando esta cumpre sua função social. Ou melhor, a função social passou a integrar o conceito de propriedade. Assim, considerando que a função ambiental é intrínseca à função social, não haverá tutela constitucional da propriedade que não cumpra sua função ambiental.

Serrano Moreno⁷⁵ assevera que “la combinación dogmática de la ‘utilización racional de los recursos naturales’ con la ‘función social de la propiedad’ puede conducir a la categoría de ‘función ecológica de la propiedad’”.

Da conjunção da proteção legal conferida ao direito de propriedade e ao meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, origina-se a função ambiental da propriedade. A partir do momento em que o Direito de Propriedade passa a ser objeto de limitações derivadas da proteção legal do meio ambiente, a propriedade adquire uma nova função, de caráter ambiental, pela qual o seu uso, gozo e fruição deverão garantir a integridade do patrimônio

⁷¹ Paulo Bonavides fala em direitos de quarta geração: “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direitos ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações e convivência”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 570).

⁷² Os direitos de terceira geração, chamados difusos e coletivos, são marcados pela solidariedade e pela noção de poder-dever. (CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 58).

⁷³ RODRIGUES, Ruben Tedeschi. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Campinas: Millennium, 2002, p. 1.

⁷⁴ DIAS, Daniella S. **Desenvolvimento urbano**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 143.

⁷⁵ SERRANO MORENO, José Luis. **Ecología y derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica**. Granada: Comares, 1992, p. 143.

ambiental nela existente.

O entendimento do direito de propriedade ligado a uma função ambiental é compartilhado por Benjamin⁷⁶ ao expor que: “[...] ao lado da funcionalização social da Propriedade, com o novo texto constitucional deu-se também sua funcionalização ambiental”.

Apesar da categoria “função ambiental da propriedade” não constar de forma explícita no texto Constitucional, e não ter sido incorporada expressamente no novo Código Civil, pode ser deduzida dos elementos acima apontados, considerando-se, sempre, a necessidade de atendimento do princípio da unidade da Constituição na interpretação dos dispositivos constitucionais.

Primeiramente, deve-se reconhecer que a função social da propriedade não está restrita ao bem imóvel, mas todo e qualquer bem ou patrimônio que possui o ser humano. Atualmente, fala-se em função social do ensino, do labor, enfim, da mais abrangente forma de domínio sobre determinado bem exercido pelo particular ou pelo ente público. Portanto, o ser humano que vive em sociedade deve compartilhar toda a energia positiva em prol da qualificação social⁷⁷, da busca da qualidade de vida, seja econômica, ambiental ou de relacionamento.

A função ambiental impõe limitações ao uso da propriedade urbana, requerendo do proprietário a adequação deste uso às exigências de ordem ambiental, em nome da proteção do patrimônio ambiental comum.

Nos ensina Lorenzetti⁷⁸:

de ahí que en la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente, deba reconocerse una “función ambiental de la propiedad” en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios deben coordinarse de manera tal que se orienten en la preservación del bien colectivo.

O enfoque dado à propriedade e sua função social esculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988 refere-se à garantia e direito fundamental individual, porém, a propriedade não pode ser considerada um direito puramente individual, pois obedece também aos princípios da ordem econômica de que trata o art. 170, que tem por objetivo assegurar a

⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Dano ambiental**: preservação, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 79.

⁷⁷ Os problemas urbanos estão intimamente ligados aos problemas sociais: onde houver problema urbano, haverá problemas sociais, podendo-se assim afirmar o caráter eminentemente social do Direito Urbano, que alberga a atividade urbanística, caracterizada, principalmente, pela intervenção estatal no domínio da propriedade privada. (DALLARI, Adilson Abreu e Figueiredo, Lúcia Valle (Org.) **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 222).

⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo. Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente. Congresso Internacional de Direito Ambiental – 5 anos após a ECO – 92 – **Anais**. São Paulo, 1997, p. 138.

existência digna, “conforme os ditames da justiça social”⁷⁹.

Assim, dispôs o constituinte:

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

Sobre a integração dos conceitos Fernanda de Salles Cavedon⁸⁰ leciona que “o uso da propriedade no desenvolvimento de atividades econômicas deverá, além de atender às necessidades particulares do proprietário, coadunar-se aos interesses da Sociedade e harmonizar-se com a preservação dos recursos ambientais nela existentes”.

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade torna-se um princípio de ordem econômica, um direito fundamental, uma cláusula pétrea⁸¹.

Em decorrência, a função social passa a ser um elemento integrante do direito de propriedade, havendo assim uma publicização desse direito, ao qual são incorporados objetivos de ordem social.

José Afonso da Silva⁸² assevera que

os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra a função dirigida à justiça social.

A inclusão da propriedade e sua função social na ordem econômica exige que a propriedade ligada às atividades econômicas, além de atender às necessidades particulares de seu proprietário, deve ainda cumprir sua função na sociedade.

Joaquim Castro Aguiar⁸³ expõe:

⁷⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 788.

⁸⁰ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 67.

⁸¹ KRINGS, Ana Luiza Silva Spínola. Aplicação prática do conceito de função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na Bacia Hidrográfica do Guarapiranga-SP. *In: Revista de Direito Ambiental*. Ano 10, n. 39, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 16.

⁸² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 788.

⁸³ AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 8.

na verdade, a função social da propriedade faz parte da essência do direito de propriedade, do seu conteúdo. A sua inserção no rol das garantias constitucionais cria a convicção de que o direito de propriedade possui, além dos poderes que lhe são inerentes, deveres comuns aos direitos patrimoniais, em proveito da sociedade. A propriedade contém poderes e deveres. O direito individual sobre as coisas impõe obrigações. O uso da propriedade há de contribuir para o bem da coletividade. Com efeito, os direitos só se justificam pela missão social que também devem ter e para a qual terão de necessariamente contribuir.

Apesar da previsão constitucional, a efetiva implementação da função social da propriedade urbana ficou na dependência da criação da norma geral⁸⁴ - o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01.

Neste sentido Elida Séguin⁸⁵ afirma que o Estatuto municiou a comunidade e o Poder Público de mecanismos que lhe permitem desmistificar o caráter absoluto do direito de propriedade subjugando o interesse particular ao público dando efetividade a sua função social em prol da verdadeira política do urbanismo.

Posteriormente, cunhando a prevalência dos direitos coletivos e difusos, o novo Código Civil entra em vigor em janeiro de 2002. No artigo 1.228, § 1º demonstra clara preocupação com a finalidade social e ambiental da propriedade ao estabelecer:

o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais 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 águas⁸⁶.

O novo Código introduz a função social no âmbito do direito civil.

Assinala Fernanda Cavedon:⁸⁷

espera-se, contudo, que com a vigência do novo Código Civil, os operadores jurídicos incorporem definitivamente esta configuração da Propriedade vinculada à Função Social e Ambiental, desapegando-se da postura conservadora que insiste em exaltar a Propriedade individualista, cujo aproveitamento é deixado ao sabor das vontades e interesses particulares do proprietário.

Portanto, a função social da propriedade deve compatibilizar-se com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando atender a necessidade e os interesses das

⁸⁴ Nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal de 1988 combinado com o inciso I do art. 3º do Estatuto da Cidade.

⁸⁵ SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**: promessa de inclusão social, justiça social. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 85.

⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 590.

⁸⁷ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 82.

futuras gerações. Deve além de contemplar os interesses do proprietário do imóvel, preservar os interesses coletivos proporcionando o bem comum, dando à propriedade melhor destinação do ponto de vista dos interesses sociais e ambientais.

Deve-se procurar harmonizar as vantagens individuais e privadas do proprietário e os benefícios sociais e ambientais, que são o proveito coletivo, para que a propriedade goze da tutela constitucional.

Não há mais espaços aos conceitos do antigo direito privado sobre propriedade no atual ordenamento jurídico brasileiro. Os conceitos de propriedade plena não encontram guarida atualmente, vez que se mostram incompatíveis aos direitos absolutos de usar, gozar e dispor da propriedade.

A função social da propriedade deve preencher vários requisitos e entre eles se encontram: o dever de harmonizar direito e obrigação, individual e social, poder e dever e, por último, a importância econômica e ambiental do bem.

1.4 Função sócio-ambiental da cidade – Estatuto da cidade e plano diretor

Por muito tempo o sistema jurídico ficou retraído quanto à ordenação e planejamento urbano.

em suma, a cena brasileira, historicamente, estabelece-se por um lado, em uma representação de uma cidade legal, onde o aparato normativo ordena o uso e ocupação do solo urbano, e, por outro lado, em uma cidade não planejada que representa a maioria dos aglomerados urbanos⁸⁸.

Somente a partir de 1950 a avolumada urbanização brasileira começou a provocar iniciativas por parte do Estado e modificações na administração pública.

No final da década de sessenta e início da década de setenta, os planos urbanísticos e a atividade de planejamento no Brasil chega ao auge, em função da efervescência das idéias de reconstrução do pós-guerra, mas, em especial, o reconhecimento de que a rápida urbanização exigia atuação estatal.

⁸⁸ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 16.

o estímulo governamental ao planejamento urbano manifestava-se de várias formas: se as cidades não eram obrigadas por lei (como viriam a ser mais tarde, pela Constituição de 1988) a ter seu plano de desenvolvimento, certamente não poderiam esperar obter financiamento para obra de infra-estrutura se não o tivessem – e vários programas, a começar pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa), ofereciam fundos de urbanização na forma de crédito subsidiado ⁸⁹.

De modo que, alguns municípios, no intuito de carrear financiamentos acabaram por traçar planos de desenvolvimento urbano. Havia nesses planejamentos focos específicos, por exemplo, saneamento básico.

O planejamento urbano⁹⁰ passou a ser atividade obrigatória a partir da Constituição de 1988 que estabelece uma política constitucional urbana (art. 182, CF).

Em 2001, entra em vigor o Estatuto da Cidade – Lei 10.257, importante instrumento de política urbana. Reconhecido por Medauar⁹¹, no seguinte sentido:

o Estatuto da Cidade vem disciplinar e reiterar várias figuras e institutos do Direito Urbanístico, alguns já presentes na Constituição de 1988, que parece ter sido lembrada ou relembrada, nesse aspecto, com a edição do Estatuto da Cidade. Fornece um instrumental a ser utilizado em matéria urbanística, sobretudo em nível municipal, visando à melhor ordenação do espaço urbano, com observância da proteção ambiental, e à busca de solução para problemas sociais graves, como a moradia, o saneamento, por exemplo, que é o caos urbano faz incidir, de modo contundente, sobre as camadas carentes da sociedade.

O Estatuto da Cidade⁹² vem regulamentar o artigo 182 da Constituição Federal para fixar de forma delineada a função social e ambiental da propriedade urbana e disponibiliza instrumentos para a sua efetivação.

Se antes a fixação do conteúdo de tal função ficava estritamente a cargo do município, agora este terá que seguir as diretrizes do Estatuto da Cidade, especialmente na elaboração do Plano Diretor (art. 39 da Lei 10.257).

A partir do Estatuto da Cidade a política urbana estará diretamente ligada à política ambiental, buscando-se conciliar crescimento urbano, infra-estrutura e função social das cidades com qualidade ambiental. Quanto aos instrumentos de política urbana enumerados no Estatuto e que tem interesse ambiental, pode-se enumerar: o planejamento municipal, em

⁸⁹ DEÁK, Deák; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 13.

⁹⁰ É o direito urbanístico que tem por objetivo direto a ordenação e planejamento dos espaços urbanos; disciplinando a atuação do Poder Público para utilização dos espaços habitáveis.

⁹¹ MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando D. M. (Coord.). **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – comentários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13.

⁹² A lei 10.257/01 recebeu este nome para contrastar com Estatuto da Terra, que rege as relações jurídicas referentes ao meio rural, reforma agrária, etc. – Lei 4.504/64. RODRIGUES, Ruben Tedeschi. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Campinas: Millennium, 2002, p. 1.

especial: plano diretor, disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo e o zoneamento ambiental; institutos jurídicos e políticos: tombamento, instituição de unidades de conservação; estudo prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV).

Deste modo, o planejamento do desenvolvimento e gestão do meio urbano terá como prioridade à qualidade ambiental, avançando-se na construção de cidades sustentáveis, especialmente através da fixação dos contornos da função ambiental da propriedade urbana.

no tocante à proteção urbanístico-ambiental, a ação do Município limita-se espacialmente ao seu território, mas materialmente estende-se a tudo quanto possa afetar os seus habitantes e particularmente a população urbana. Para tanto, sua atuação nesse campo deve promover a proteção nos seus aspectos fundamentais: controle de poluição em todos os níveis, preservação dos recursos naturais, restauração dos elementos destruídos, planejamento, ordenação e ocupação do solo urbano e proteção do patrimônio histórico e cultural. A função urbanística e ambiental, em sua atuação mais concreta, portanto, é exercida no nível municipal.⁹³

É na esfera municipal que se planeja o desenvolvimento sustentável, delineando o respeito ao direito de propriedade e o cumprimento da função social e ambiental desta. Para Ana Luiza Silva Spínola Krings⁹⁴ a finalidade última do planejamento é a criação de ambientes saudáveis.

Para planejar, os Municípios dispõem do plano diretor⁹⁵ (art. 4º, III, a, Estatuto da Cidade).

Ressalta Nelson Saule Junior⁹⁶

[...] a existência do Plano Diretor é condição básica para o município dispor sobre as limitações urbanísticas à propriedade urbana, determinar as obrigações de fazer ou não fazer do proprietário de imóvel urbano, bem como estabelecer comportamentos positivos visando ao cumprimento da função social da propriedade.

O plano diretor é um grande avanço, pois além de suprir a lacuna legislativa ele relaciona normas urbanísticas com a proteção do meio ambiente urbano. É instrumento indispensável na implementação da função ambiental e social da propriedade urbana, nos

⁹³ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade:** direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 29.

⁹⁴ KRINGS, Ana Luiza Silva Spínola. Aplicação prática do conceito de função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na Bacia Hidrográfica do Guarapiranga-SP. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 10, n. 39, São Paulo, jul./set. 2005, p. 11.

⁹⁵ Art. 182, §1º Constituição Federal: O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

⁹⁶ SAULE JÚNIOR, Nelson. O tratamento constitucional do Plano Diretor como instrumento de Política Urbana. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico**. Del Rey, 1998, p. 37.

termos do art. 39 da Lei 10.257/01 que estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

esses planos devem apresentar-se coerentes e sinérgicos com os planos de gestão ambiental, pois é impossível considerarem-se as perspectivas e propostas para uma área urbana abstraindo-se de suas variáveis ambientais. Em especial, o planejamento que leva em conta o meio ambiente deverá detectar os pontos de vulnerabilidade e as áreas de riscos ambientais para o assentamento da população e dos empreendimentos, as áreas vocacionadas para atividades que, por sua vez, podem determinar distintos graus de adensamento, as descontinuidades do tecido urbano, os eixos de expansão e de restrições devidas a fatores ambientais como, por exemplo, cursos d'água, as direções predominantes de ventos, entre tantos outros.⁹⁷

Fernanda Cavedon afirma que o plano diretor constitui-se também num poderoso instrumento de proteção ambiental, pois delimita as áreas passíveis de serem ocupadas, as que devem ter ocupação limitada, e as que, pelas suas características ambientais, não são passíveis de ocupação⁹⁸.

Por meio da política de desenvolvimento urbano advém as regras para cumprimento da função social da propriedade, as quais devem traçar disposições legais sobre proteção ao meio ambiente, bem como planejamento de uso do solo, abrangendo aspectos sociais, econômicos, culturais e ambientais.

Segundo Haroldo Mattos de Lemos⁹⁹ os municípios brasileiros, em sua maioria¹⁰⁰, não estão utilizando os instrumentos de planejamento, notadamente a elaboração do plano diretor, para estruturar seu desenvolvimento futuro.

⁹⁷ PHILIPPI Jr., Arlindo et al. (editors). **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999, p. 22.

⁹⁸ CAVEDON, Fernanda de S.; DIEHL, Franceline P. O processo de urbanização uso do solo e sua influência no uso da zona costeira: a visão da Câmara de Vereadores do Município de Bombinhas (SC). **VII Congresso Latino-americano sobre ciências do mar. Resumos Expandidos**. Santos: IOUSP, Associação Latino-Americana de Investigadores em Ciências do Mar, 1997, v. 1, p. 167.

⁹⁹ LEMOS, Haroldo Mattos de. Aspectos da política nacional de meio ambiente. In: PHILIPPI Jr., M. et al. (editores). **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999, p. 132.

¹⁰⁰ Convém lembrar que o plano diretor somente é obrigatório para municípios com mais de vinte mil habitantes, conforme art. 182, § 1º, da Constituição Federal.

O plano diretor é também instrumento efetivador do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade – princípio da política urbana, previsto no artigo 182¹⁰¹ da Constituição Federal de 1988.

Na verdade, a função social da cidade é cumprida quando esta proporciona aos seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais à sadia qualidade de vida em um meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁰², previstos no art. 225 da Constituição Federal¹⁰³.

Quando não forem atendidos estes valores, pode se dizer que a cidade não está cumprindo seu papel, porque a execução do programa de desenvolvimento urbano, segundo o art. 182, é um direito da população municipal. A população terá o dever de juntamente com os órgãos públicos preservar e defender o meio ambiente urbano, pois ele não deixa de ser um bem ambiental e é dever de todos a preservação e proteção.

Não basta que o poder público alcance os ideais constitucionais estabelecidos, mas deverá fazer com que eles traduzam o alcance em relação aos seus habitantes, num patamar de bem-estar populacional, a qualquer indivíduo que naquele município se encontre, ou seja, domiciliados, residentes ou não.

Será através da política urbana, que o Poder Público poderá concretizar o desenvolvimento ordenado e as funções ambientais da cidade, pois, a partir das normas urbanísticas, regulará a atividade edilícia e o uso do solo, imporá limitações à propriedade

¹⁰¹ Art. 182 da CF – 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.

§1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§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 edificação compulsórios;

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.

¹⁰² A Constituição Federal, como se sabe, qualifica o meio ambiente ecologicamente equilibrado (que não existe sem flora protegida) como “bem de uso comum do povo” (art. 225, caput). Este dispositivo, na lição abalizada do Ministro Celso Mello, é “a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (Recuso Extraordinário n. 134.297-8 – SP – Rel. Min. Celso Mello v. u., j. 13.6.95, Lex 27, p. 143).

¹⁰³ Art. 225 CF – 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.

privada a fim de atender os interesses ambientais da sociedade, buscando fazer escolhas e assumir compromissos que visem à adequação destas normas às diretrizes e restrições impostas pela legislação ambiental.

Esta função social da cidade¹⁰⁴, busca a equidade urbana, o acesso de toda a população às condições básicas de moradia, onde o bem comum, generalizando e não direcionando, deve ser objetivo de toda a gestão municipal urbana.

Segundo Ruy de Jesus Marçal Carneiro¹⁰⁵ as funções sociais da cidade alcançam todas as variáveis da vida humana, a saber, dentre outras: a saúde, a educação, o lazer, a segurança etc., visando uma ‘sadia qualidade de vida’, nos precisos termos do artigo 225 da Carta Constitucional.

As funções sociais da cidade, na verdade, são interesses difusos, pois não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções. A relação que se estabelece entre os sujeitos é a cidade, que deve atender os interesses da população de ter um meio ambiente sadio e condições dignas de vida, portanto, não há como dividir essas funções entre pessoas e grupos pré-estabelecidos, sendo o seu objeto indivisível e só estarão sendo desenvolvidas de forma plena quando houver redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social e melhoria da qualidade de vida urbana.

O desenvolvimento sustentável urbano possui a característica que proporciona o progresso urbano em consonância com a preservação ambiental, conforme ensina Nelson Saule Júnior¹⁰⁶

um dos componentes do desenvolvimento urbano é o princípio do desenvolvimento sustentável, pelo qual as pessoas humanas são o centro das preocupações e têm o direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza, conforme dispõe o princípio 1 da Declaração do Rio. Esse componente, como requisito obrigatório, significa a vinculação do desenvolvimento urbano, referido no caput do artigo 182, com o direito ao meio ambiente estabelecido no artigo 225 da Constituição. O desenvolvimento urbano, como política pública, deve ter como condicionante o direito ao meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado, como garantia das presentes e futuras gerações.

¹⁰⁴ Significa realizar as funções de habitação, condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana. O pleno desenvolvimento dessas funções deve ser compreendido como o direito à cidade. In: ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade:** direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 36.

¹⁰⁵ CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **Organização da cidade:** planejamento municipal, plano diretor e urbanificação. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 116.

¹⁰⁶ SALES JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro.** Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 67.

Edis Milaré¹⁰⁷ expõe sobre a matéria

compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material.

Neste sentido se faz necessária a transcrição da pioneira colaboração sobre a importância do desenvolvimento sustentável urbano, publicada em 1974, pelo então promotor público na Comarca de Piracicaba Paulo Afonso Leme Machado¹⁰⁸:

a preservação do meio ambiente é dever de todos, não só do setor privado como público. Ninguém pode omitir-se desse dever. Aperfeiçoando-se os instrumentos legais contra a poluição, com a colaboração corajosa e criativa de nossos Tribunais, as cidades continuarão sua trajetória evolutiva tendo a seu serviço fábricas, escritórios e carros, não sendo dominadas por eles, nem deles prescindindo, para que as cidades sejam autenticamente humanas.

No dia 22 de dezembro de 1989, Assembléia Geral das Nações Unidas convocou um encontro global para elaborar estratégias que interrompessem e revertissem os efeitos da degradação ambiental no contexto de crescentes esforços nacionais e internacionais para promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente saudável em todos os países.

A Agenda 21, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no dia 14 de junho de 1992, é a resposta da comunidade internacional àquela convocação.

fundamentando a Agenda 21 está a convicção de que a humanidade chegou a um momento de definição de sua história. Podemos continuar com nossas políticas atuais, que servem para aprofundar as divisões econômicas que existem dentro dos países e entre os países; que aumentam a pobreza, a fome, a doença e o analfabetismo em todo o mundo; e que estão causando a contínua deterioração dos ecossistemas de que dependemos para a vida na Terra. Ou podemos mudar o rumo. Podemos melhorar os padrões de vida daqueles que sofrem necessidades. Podemos administrar e proteger melhor os ecossistemas e tornar realidade um futuro mais próspero para todos nós.¹⁰⁹

¹⁰⁷ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** doutrina – prática – jurisprudência – glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

¹⁰⁸ MACHADO, Paulo Afonso Leme. Urbanismo e poluição. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro, v. 469. 1974, p. 37.

¹⁰⁹ PHILIPPI Jr., Arlindo et al. (editors). **Municípios e meio ambiente:** perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999, p. 140.

No mesmo sentido Sudhanshu S. Palsule¹¹⁰ afirma que em nenhum momento da história a humanidade enfrentou tal escolha: “ou mudamos completamente a maneira pela qual percebemos a nós mesmos e nossa relação com os outros e a Terra, ou pereceremos”.

Neste momento de intensa degradação ambiental, quando muito do natural já se perdeu, cabe lembrar os ensinamentos bíblicos dos primórdios da criação do mundo:

Gênesis, 1:26: E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.
28. E Deus os abençoou, e Deus disse: frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra.

A determinação divina objetivava conceder ao homem os meios de subsistência. Domínio para cuidar, no sentido de posse, não de destruição. Mas, como acentua Jayme Paviani¹¹¹ “os problemas da vida e da natureza acentuam-se com a ação humana dominadora e destruidora do meio ambiente”.

Leonardo Boff¹¹², bem coaduna o dever de cuidado do meio ambiente ao expressar que a missão do ser humano não é estar sobre as coisas, dominando-as, mas ficar ao seu lado, cuidando delas, pois ele é parte responsável da imensa comunidade terrenal e cósmica.

Benedito Ferreira Marques¹¹³ afirma que do ponto de vista ecológico, deve-se garantir a preservação do meio ambiente:

[...] a adequada utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, exige o respeito à vocação natural da terra, com vistas à manutenção tanto do potencial produtivo do imóvel como das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, para o equilíbrio ecológico da propriedade e, ainda, a saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

Apesar dos registros teóricos sobre a necessidade de preservação do meio ambiente e das conseqüências fáticas da degradação, o homem continua seu agir desmedido e agressivo contra o meio ambiente, marcando os tempos com o dano ambiental, no anseio de gerar desenvolvimento meramente econômico.

1.5 Dano ambiental

¹¹⁰ PALSULE, Sudhanshu S. O desenvolvimento sustentável e a cidade. In: MENEGAT, Rualdo; ALMEIDA, Gerson (Org.). **Desenvolvimento sustentável e gestão ambiental nas cidades: estratégias a partir de Porto Alegre**. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 35.

¹¹¹ PAVIANI, Jayme. O conceito de natureza e suas implicações no direito ambiental (primeira parte). In: PAVIANI, Jayme; SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. **Homem, natureza, direito**. Notas de estudo sobre o Biodireito e Direito Ambiental. Caxias do Sul: Edcus, 2005, p. 10.

¹¹² BOFF, Leonardo. **Grito da terra, grito dos pobres**. São Paulo: Ática, 1995.

¹¹³ MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 4. ed. Goiânia: AB, 2001, p. 54.

Para análise do dano ambiental é imprescindível lembrar que o meio ambiente é um bem¹¹⁴ tutelado constitucionalmente e que toda agressão a este bem é repudiada pelo ordenamento jurídico. Ademais, a coletividade (presentes e futuras gerações) é o sujeito desse direito, que se constitui em bem de uso comum do povo.

Assim, o dano ambiental se contrapõe ao dano comum, porque ele afeta uma coletividade difusa de vítimas, enquanto que o dano comum ocorre em desfavor de uma pessoa ou de um conjunto individualizado delas.

A idéia de dano não deve abarcar toda e qualquer interferência do homem no meio ambiente, mas sim aquelas que ponham em risco a sadia qualidade de vida e a existência de um ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

O conceito de dano ambiental, embora amplo e aberto à semelhança do próprio conceito de meio ambiente, é delimitado pelas noções de poluição¹¹⁵ e degradação¹¹⁶ da qualidade ambiental. José Rubens Morato Leite¹¹⁷ atenta para o fato de que o âmbito do dano ambiental está, logicamente, circunscrito e determinado pelo significado que se outorgue ao meio ambiente.

Neste sentido afirma o autor que dano é

toda lesão intolerável causada por ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.¹¹⁸

O dano ambiental constitui uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses.

A Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente traz o conceito de dano ambiental:

Art. 3º Para fins previstos nesta Lei, entende-se por:

¹¹⁴ Dano é a lesão a um bem jurídico. Ocorrendo lesão a um bem ambiental, resultante da atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, não só há a caracterização deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizá-lo. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

¹¹⁵ Poluição nada mais é do que a contaminação ou degradação dos elementos naturais do globo terrestre: o solo, bem como a sua vegetação, a água, o ar. FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Aide, 1998, p. 21.

¹¹⁶ Verifica-se, que o desmatamento é o fator maior de degradação da Área de Preservação Permanente.

¹¹⁷ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 98.

¹¹⁸ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 104.

II- degradação da qualidade ambiental: a alteração adversa das características do meio ambiente resultante de atividade que direta ou indiretamente:

- A) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- B) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- C) afetem desfavoravelmente a biota;
- D) afetem as condições estatísticas ou sanitárias do meio ambiente;
- E) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

A Constituição Federal de 1988 não conceitua dano ambiental, mas ao prever a responsabilidade¹¹⁹ decorrente do dano acaba por delineá-lo como toda atividade ou conduta lesiva ao meio ambiente¹²⁰.

A Lei 6.938/81 obriga o poluidor, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Em matéria de dano ambiental¹²¹, o tipo de responsabilização é objetiva ou por risco envolvendo qualquer atividade que direta ou indiretamente afete ao meio ambiente.

Como não bastasse, a obrigação de reparar é *propter rem*¹²², isto é, deflui em razão da coisa, recaindo sobre uma pessoa por força de um determinado direito real. Tais obrigações transferem-se, inclusive, aos futuros adquirentes da propriedade, enquanto o dano não for reparado.

1.6 Impactos ambientais e poluição: produção das aglomerações urbanas

Extraído dos ensinamentos de Sudhanshu S. Palsule¹²³ pode-se afirmar que a história da humanidade¹²⁴ compreende três eras culturais fundamentais: a Era da cultura tribal, caracterizada pela caça e coleta de alimentos; a Era da cultura agrária, marcada pelo plantio e cuidado da terra, com a fixação do homem nesta; e a Era tecnológica, na qual a liderança

¹¹⁹ A ocorrência de dano ambiental enseja a responsabilidade civil, independentemente da aferição da culpabilidade do agente.

¹²⁰ 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.

¹²¹ Quanto à extensão, o dano ambiental pode ser patrimonial, quando afeto ao bem lesado, ou extrapatrimonial ou moral, este abarcando os valores psíquicos, englobando a sensação de perda, o desconforto ocasionado ao indivíduo ou à sociedade, em virtude da lesão ao meio ambiente. (CERVI, Jacson José. **O dano ambiental indenizável e o dever de reparação do Estado**. Dissertação (Mestrado), Caxias do Sul: UCS, 2003, p. 71).

¹²² Expressão latina que significa: devida em função da coisa.

¹²³ PALSULE, Sudhanshu S. O desenvolvimento sustentável e a cidade. In: MENEGAT, Rualdo; ALMEIDA, Gerson (Org.). **Desenvolvimento sustentável e gestão ambiental nas cidades: estratégias a partir de Porto Alegre**. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 35.

¹²⁴ A história do homem sobre a terra é a história de uma ruptura progressiva entre o homem e o entorno. Esse processo se acelera quando, praticamente ao mesmo tempo, o homem se descobre como indivíduo o inicia a mecanização do Planeta, armando-se de novos instrumentos para poder dominá-lo. Natureza artificializada marca uma grande mudança na história da natureza humana. Hoje, com a tecnociência, alcançamos o estágio supremo dessa evolução. (SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo**. São Paulo: Hucitec, 1994, p. 17).

cultural foi tomada pelos cientistas, engenheiros e mais tarde, por economistas. Todas se defrontaram com os seus próprios limites e deflagraram um novo processo de aprendizagem cultural.

Foi na era tecnológica que ficou ameaçada a capacidade do meio ambiente absorver os impactos resultantes desta nova modalidade da existência humana que trouxe consigo o surgimento dos grandes centros urbanos.

A maioria dos impactos ambientais é devido ao rápido desenvolvimento econômico, sem o controle e manutenção dos recursos como água, energia etc. Outras vezes, as áreas são impactadas por causa do subdesenvolvimento que traz como consequência a ocupação urbana indevida em áreas protegidas e falta de saneamento básico. Os impactos ambientais mais significativos encontram-se nas regiões industrializadas, que oferecem mais oportunidades de emprego e infra-estrutura social, acarretando, por isso, as maiores concentrações demográficas.

O conceito de impacto ambiental¹²⁵ está definido no artigo 1º da Resolução 1 do CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, nos seguintes termos:

considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas, que diretamente ou indiretamente, afetem-se: a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos naturais.

O conceito permite compreender por que as aglomerações urbanas são as maiores causadoras de impactos ambientais. A concentração populacional deflagrada pela urbanização e industrialização trouxe significativas alterações ao meio ambiente.

Desde o surgimento dos pólos urbanos pela civilização, a população vem se aglomerando e formando cidades próximas de rios¹²⁶, até mesmo nas suas margens, onde deveria existir a preservação da área ambiental.

Nas margens dos rios encontram-se faixas de terras que devem ser preservadas, as

¹²⁵ O impacto ambiental teve uma definição mais precisa, nos anos 70 e 80, quando diversos países perceberam a necessidade de estabelecer diretrizes e critérios para avaliar efeitos adversos das intervenções humanas na natureza.

¹²⁶ Segundo Maria Luiza Machado Graziera, o rio origina-se do latim *rivus* e constitui “curso considerável de água, que tem geralmente origem nas montanhas e vem descendo pelo caminho a água dos regatos e ribeiras até lançar-se por uma ou outra embocadura, no mar ou noutro rio, um grande curso de água em geral”. Ou “um curso de água considerável em extensão e largura”. É necessário se verificar os elementos que o formam, pois a água que corre nos rios está necessariamente sobre um leito e entre margens. Portanto, a água corrente, as margens e o leito são os três elementos que formam o rio, que o integram como um todo. (GRAZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 31).

chamadas Áreas de Preservação Permanente¹²⁷ - APPs, que estão estipuladas pelo Código Florestal.¹²⁸

O artigo 2º do Código Florestal considera área de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

- a) ao longo dos rios ou quaisquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:
 - 1- de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
 - 2- de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
 - 3- de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
 - 4- de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
 - 5- de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
- b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
- c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
- d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
- e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;
- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa inferior a 100 (cem) metros em projeção horizontais;
- h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;
- i) nas áreas metropolitanas definidas em lei.

Parágrafo único. 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.

Ao estabelecer áreas de preservação permanente o legislador acautela o meio ambiente dos impactos ambientais que podem ser causados pela atuação humana. Verifica-se então que as áreas de preservação permanente são de grande importância ecológica e social, elas têm a função de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a

¹²⁷ Muito embora parte da doutrina trate o tema com a nomenclatura de *Florestas de Preservação Permanente*, cabe notar que outra parte utiliza-se de terminologia mais ampla, *Área de Preservação Permanente*; fundamentando que o artigo 2º do Código Florestal não está restrito a florestas porque menciona “e demais formas de vegetação natural”, incorporando também a vegetação não arbórea. A Medida Provisória 1.956 – 50ª reedição, datada de 28.05.2000, adotou a expressão *Área de Preservação Permanente* e no mesmo sentido as Resoluções Conama 302 e 303, ambas de 2002, portanto na presente dissertação será utilizado a terminologia *Área de Preservação Permanente*, que melhor atribui a noção de espaço a ser protegido.

¹²⁸ A Lei 4.771 de 15.09.1965, titulada por Código Florestal foi alterada pela Lei pela Lei 7.803 de 18.07.1989, que revoga expressamente as Leis 6.535/78 e 7.511/86, dando uma nova e atual redação ao artigo 2º do Código Florestal, bem como pelas resoluções n. 302 e 303 de 20.03. 2002 do CONAMA.

biodiversidade¹²⁹, o fluxo gênico da fauna e da flora¹³⁰, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas.

Paulo Shintate bem caracteriza as áreas de preservação ao afirmar:

as árvores nesses lugares estão para as respectivas terras como o vestuário está para o corpo humano. Proibindo a devastação, o Estado nada mais faz do que auxiliar o particular a bem administrar os seus próprios bens individuais, abrindo-lhe os olhos contra os danos de que inadvertidamente poderia cometer contra si mesmo.¹³¹

O Código Florestal, ao estipular as áreas de preservação permanente nas margens dos rios, também se referiu no seu parágrafo único às áreas urbanas¹³², que deveriam ser respeitadas pelos administradores públicos municipais, ao licenciarem empreendimentos imobiliários.

Para a construção de imóveis no município é necessária a aprovação e licença do projeto pela administração pública municipal que expedirá alvará¹³³ de construção, atendidos os requisitos legais. Neste aspecto, cumpre ao Município tutelar o meio ambiente, negando a licença para construção em áreas de preservação permanente.

A legislação ambiental emprega sem atenção ao sentido técnico os termos licença e autorização, contudo, por precisão técnica e necessidade de melhor compreensão dos institutos, convém aprofundar o estudo.

¹²⁹ Biodiversidade inclui todos os produtos da evolução orgânica, ou seja, toda a vida biológica no planeta, em seus diferentes níveis de gens até espécies e ecossistemas completos, bem como sua capacidade de reprodução. Corresponde à “variabilidade viva”, ao próprio grau de complexidade da vida, abrangendo a diversidade entre e no âmbito das espécies e de seus habitats. A diversidade da vida é elemento essencial para o equilíbrio ambiental planetário, capacitando os ecossistemas a reagirem melhor às alterações sobre o meio ambiente causadas por fatores naturais e sociais, considerando que, sob a perspectiva ecológica, quanto maior a simplificação de um ecossistema, maior a sua fragilidade. A biodiversidade oferece também condições para que a própria humanidade adapte-se às mudanças operadas em seus meios físicos e sociais e disponha de recursos que atendam as suas novas demandas e necessidades. (WILSON, Edward. **Biodiversity**. Washington: National Academy Press, 1988).

¹³⁰ As matas ciliares vêm sendo indicadas como corredores de fluxo gênico permitindo o trânsito de animais, que se utilizam de tais “corredores” de matas para locomoverem-se até outros fragmentos florestais onde vivem outros exemplares de sua espécie, permitindo a troca de genes pelo cruzamento, uma vez que, se confinados em áreas nas quais todos os indivíduos são geneticamente parentes, tal troca não ocorre, gerando problemas de consanguinidade. (RIBEIRO, João Alberto. **Campanha de valorização das reservas legais e matas ciliares: como usar sem destruir, as reservas legais e matas ciliares**. 2. ed. Rondônia, 2001, p. 21). No entendimento de BARRELA, Walter et al. As relações entre as matas ciliares, os rios e os peixes. In: RODRIGUES, Ricardo Ribeiro; LEITÃO FILHO, Hermógenes de Freitas (Ed.). **Matas ciliares: conservação e recuperação**. São Paulo: Universidade de São Paulo – Fapesp, 2000, p. 187-207. “A rede hidrográfica e seus *habitats* marginais podem funcionar como corredores de fauna e de dispersão de sementes”.

¹³¹ EI 288.75-5/0-02 – 2ª Câmara de Direito Público – TJSP – j. 16.03.2004 – rel. Des. Paulo Shintate. Revista de Direito Ambiental, Ano 10, n. 37. São Paulo, jan./mar. 2005, p. 290.

¹³² Convém anotar aqui que no capítulo seguinte é analisado o aparente conflito de competência entre o Código Florestal e a Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

¹³³ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 249.

A licença ambiental¹³⁴ segundo a Resolução CONAMA – 237, de 19.12.1997 é:

ato administrativo pelo qual o órgão ambiental compete estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar, operar, empreendimentos ou atividades utilizadores dos recursos ambientais considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou aqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

A autorização é um ato precário e discricionário, porque não pressupõe um direito anterior a ser exercido. O direito ao exercício da atividade autorizada nasce com a outorga da autorização. Ela pressupõe uma proibição geral, expressa ou decorrente do sistema, ao exercício da atividade. Sua outorga consiste, assim, em remover esse obstáculo em favor de alguém, por razões de conveniência ou de mera liberalidade da administração.

A licença só é pertinente naquelas hipóteses em que preexiste o direito subjetivo ao exercício da atividade. Se esse direito não existe, se o exercício da atividade vai nascer com o ato da autoridade, então este não será licença. Pode ser concessão, permissão ou autorização, não licença, pois esta é um ato que pressupõe que aquele em favor de quem é liberada seja titular do direito. A licença é ato vinculado. Quer dizer, se o titular do direito a ser exercido comprova o cumprimento dos requisitos para seu efetivo exercício, não pode ser recusada, porque do preenchimento dos requisitos nasce o direito subjetivo à licença¹³⁵.

Meirelles¹³⁶ reforça ao afirmar que

licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividade ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex., o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida traz a pretensão de definitividade. Sua invalidação só ocorre por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização. A licença não se confunde com a autorização, nem com a admissão, nem com a permissão.

Da doutrina colacionada apreende-se que o Município concede licença para construção

¹³⁴ A Professora Heli Alves de Oliveira, em sua monografia intitulada “Da Responsabilidade do Estado por Danos Ambientais”, conceitua licenciamento ambiental da seguinte forma: “Um procedimento administrativo através do qual a Administração, com fundamento no poder de polícia, exige dos administrados o cumprimento de uma série de requisitos os quais culminarão ou não na expedição de atos denominados ‘licenças ambientais’ para a localização, instalação e operação de atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras”. (OLIVEIRA, Heli Alves de. **Da responsabilidade do Estado por danos ambientais**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 11).

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 244.

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 177.

de empreendimentos, e não apenas autoriza sua realização.

O Poder Público municipal, em razão do aparente conflito entre as normas federal, estadual¹³⁷ e municipal que disciplinam a matéria está encontrando dificuldades na concessão das licenças para empreendimentos imobiliários às margens dos rios, e ainda não uniformizou o procedimento de como agir nos casos em que a licença já foi concedida ou os imóveis já estão construídos na área que deveria ter sido preservada¹³⁸.

Com objetivo claro de responder à questão de pesquisa, o capítulo que segue busca solucionar o impasse das competências, para ao final, apresentar possibilidades de soluções à questão posta.

¹³⁷ O mais importante regime das licenças ambientais é de competência estadual e prende-se àquelas destinadas a possibilitar o controle de empreendimentos potencialmente causadores de degradação do meio ambiente, nos termos do art. 10 da Lei 6.938/81, com redação dada pela Lei 7.804/89: A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

§1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

§2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA.

§3º O Órgão estadual do meio ambiente e o IBAMA, este em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.

§4º Compete ao IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividade e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

¹³⁸ Apelação Cível n. 02.009640-2: Ação Civil Pública – Edificação às margens do Rio do Peixe – Alvará concedido pelo município de Joaçaba, SC, em desacordo com o Código Florestal – Preponderância de norma federal sobre norma municipal – competência legislativa suplementar – Anulação – Possibilidade – Dano ecológico presumido – Provisamento do apelo – sucumbente isento da condenação em honorários – Provisamento parcial por maioria – divergência apenas preconizando a conversão da obrigação de fazer (demolição do prédio) em indenização.

Agravo de instrumento n. 03.028993-3: Agravo de Instrumento – Ação Civil Pública – Controle difuso – Cabimento – Medida liminar positiva – Parâmetros diversos do art. 273 do CPC – Área de Preservação Permanente – Lei Municipal de Xanxerê, SC, em desacordo com o Código Florestal – Impossibilidade – Reclamo Improvido.

2 CONFLITOS E COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS DOS ENTES FEDERADOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A ordem social é um direito sagrado que serve de base para todos os demais. Tal direito, entretanto, não advém da natureza; funda-se, pois em convenções (Jean-Jacques Rousseau).¹³⁹

O poder público juntamente com a coletividade tem o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente, nos exatos termos do artigo 225 da Constituição Federal de 1988¹⁴⁰.

As atribuições que competem a cada ente federado estão dispostas constitucionalmente. Compreendê-las e demonstrar a importância de seu exercício é o objetivo específico deste capítulo, com vistas a solucionar a questão de pesquisa.

2.1 Federalismo e competência

O Brasil é uma República Federativa composta pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa forma de Estado adotada desde 1891 por obra de Rui Barbosa, foi trazida dos Estados Unidos da América¹⁴¹. De forma peculiar, na república brasileira o Município integra a federação como entidade autônoma.¹⁴²

Para realizar o estudo da competência de cada ente federado, faz-se necessário a análise do conceito de federalismo. Segundo José Afonso da Silva: “federalismo quer-se referir a uma forma de Estado denominada Federação do Estado, caracterizada pela união de coletividades políticas autônomas”¹⁴³.

Leciona Toshio Mukai que “a federação se constitui numa descentralização territorial instituída no âmbito da constituição, onde coexistem governos autônomos políticos que dão

¹³⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Edson Darci Heldt. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. X-XI.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ A teoria do federalismo foi exposta, de maneira pragmática, por Madison, Hamilton e Jay, nos famosos ensaios *Federalist*, publicados nos anos de 1787 e 1788, em defesa da Constituição americana, que consagrou a Federação americana composta pelas 13 antigas colônias inglesas. (MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 132).

¹⁴² Artigo 1º da Constituição Federal “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito”.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 45.

leis a si próprios”¹⁴⁴.

Como salienta Mirkine-Guetzévitch, o federalismo “cria um sistema lógico e harmonioso de longa autonomia e de sábia descentralização”¹⁴⁵, sendo, portanto, considerado forma de distribuição de poder no Estado¹⁴⁶.

Complementa Luca Levi:¹⁴⁷

o princípio constitucional no qual se baseia o Estado Federal é a pluralidade de centros de poder soberanos coordenados entre eles, de modo tal que ao Governo Federal, que tem competência sobre o inteiro território da federação, seja conferida uma quantidade mínima de poderes, indispensável para garantir a unidade política e econômica, e aos Estados federais, que têm competência cada um sobre o próprio território, sejam assinalados os demais poderes.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercitam os poderes que lhes são conferidos explícita ou implicitamente pela Constituição Federal dentro das respectivas áreas de atuação, ou seja, o território nacional, o estadual e o municipal, mediante aparelhamento próprio¹⁴⁸.

A autonomia das entidades federativas pressupõe a repartição de competências legislativas e administrativas, pressuposto do Estado Federal.

José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁴⁹, resume os pontos fundamentais do federalismo:

a repartição de competência é essencial à definição jurídica da federação: daí decorre o princípio federal de que cada um dos componentes tem sua órbita de ação circunscrita, que decorre da Constituição Federal, como fundamento jurídico do Estado.¹⁵⁰

Na repartição de competências ocorre a existência, dentro de um mesmo território estatal, de mais de um centro de poder.

Segundo Alexandre de Moraes¹⁵¹, o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse. Cabe à União matérias e questões de predominância do interesse geral. Aos Estados competem matérias de predominante interesse regional e aos municípios concernem os

¹⁴⁴ MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 13.

¹⁴⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **As novas tendências do direito constitucional**. São Paulo: Nacional, 1933, p. 60.

¹⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 53.

¹⁴⁷ LEVI, Luca. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB, 2000, v. 1, p. 480 ss.

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 338.

¹⁴⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

¹⁵⁰ MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 14.

¹⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 659.

assuntos de interesse local.

O texto constitucional destacou o direito ambiental em capítulo próprio¹⁵² e acabou perpetrando uma legislação que provoca, especialmente na Administração Pública, muitas dúvidas sobre quem pode o quê em matéria de meio ambiente.

Inúmeros são os problemas oriundos de conflitos de competência entre os entes federados do Brasil, quando se trata de matéria ambiental.

Pode-se dizer que a primeira causa destes conflitos se deve à falta de codificação da legislação ambiental, que, antagonicamente, é uma das mais completas do mundo.

Diversamente das Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional 1/69, nas quais a competência era centralizada na União¹⁵³, a Constituição Federal de 1988 buscou realizar esse equilíbrio federativo por meio de uma repartição de competência.

A repartição de competência se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (artigos 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (artigo 25, § 1º) e

¹⁵² A Constituição de 1988 pela primeira vez no Brasil insere o tema meio ambiente em sua concepção unitária, abrindo um capítulo específico no seu artigo 225. Não foi a primeira Constituição da América Latina a fazê-lo, tendo sido precedida pelas constituições do Equador e do Peru de 1979, Chile e Guiana de 1980, Honduras de 1982, Panamá de 1983, Guatemala de 1985, Haiti e Nicarágua de 1987. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 95).

Em relação à tutela ambiental, pode-se dizer que a Constituição avançou bastante em comparação com a anterior, que em nenhum passo estabelecia normas expressas sobre a proteção do meio ambiente. Essa proteção decorria apenas implicitamente de normas atinentes a águas, florestas, jazidas, proteção à saúde, etc. O único artigo que mencionava o termo “ecológico” era o artigo 172, prevendo que a lei regularia, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades.

¹⁵³ Observa-se algumas decisões judiciais referentes a questões ambientais em dois países em que se reserva para o Estado a função de estabelecer as normas gerais ambientais. Na Espanha o artigo 149.1.23 reserva, com exclusividade, ao Estado a “legislação sobre os princípios da proteção do ambiente, sem prejuízo do poder das Comunidades Autônomas de estabelecer regras adicionais de proteção”. O Professor Tomás-Ramon Fernandez acentua que os princípios gerais “desempenham o papel, a serviço dos interesses superiores da Nação inteira, de um comum denominador normativo, um *minimum* de uniformidade de cada regulamentação, a partir do qual o poder legislativo territorial poderá procurar a via que julgue a mais correta, lavadas em conta circunstâncias especiais de seu território regional e singularidades e especificidades dos problemas particulares que ele deve resolver”. Acrescenta o professor espanhol, que é também Conselheiro no Conselho de Estado: “a Constituição quis adicionar, indo além do simples desenvolvimento dos princípios gerais, permitindo às Comunidades Autônomas elaborarem regras novas para melhorar e reforçar o nível de proteção. Essas regras adicionais podem traduzir-se no estabelecimento de medidas mais rigorosas contra a poluição de restrições mais severas para o uso de veículos, de limitações mais fortes para certas indústrias ou para as atividades turísticas, etc. Tudo o que reforça o regime geral é, em princípio, possível, pois a Constituição fala de uma proteção adicional. Somente é interdito às Comunidades Autônomas de serem menos exigentes ou de enfraquecerem os padrões fixados pelo Estado”. (“Environnement dans la Constitution espagnole et dans la doctrine du Tribunal Constitutionnel”. In: **Revue Juridique de l’Environnement** 3/197-95, de 1984).

Na Bélgica menciona-se a decisão da Corte de Arbitragem 47, de 25.2.1988, que visou à anulação parcial de decreto da região Wallonne de 7.10.1985, sobre a proteção das águas de superfície contra a poluição. Foram relatores os Juízes J. Sarot e L. P. Suetens. O Conselho de Ministros Belga argumentou no recurso interposto “que a competência atribuída às regiões em matéria de proteção do ambiente deve ser exercida respeitando-se as normas legais gerais e setoriais, e que, em outros termos, esta disposição não concede às regiões senão o poder de adotar normas mais severas que as normas elaboradas pelo legislador nacional e não o poder de ab-rogar estas últimas”. A Corte de Arbitragem entendeu que normas “gerais” compreendem normas que são aplicáveis a todos os setores da atividade e que normas “setoriais” designam aquelas que só se aplicam a um ou diversos setores de atividade determinada. O Tribunal anulou o art. 70 do decreto da região Wallonne. (MACHADO, Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94).

poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 29 e 30). Combina com essa reserva de campos específicos áreas comuns em que se prevêm atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 23) e, setores concorrentes entre a União e Estados em que a competência para estabelecer políticas, diretrizes e normas gerais cabe à União¹⁵⁴, enquanto se defere aos Estados e aos Municípios a competência suplementar (artigos 24 e 30).¹⁵⁵

2.2 Distinção entre tipos de competências

As competências, nos termos da Constituição Federal de 1988, podem ser divididas em competência material e competência legislativa.

2.2.1 Competências materiais ou administrativas

O constituinte de 1988 colheu na Constituição de 1934 a idéia de um rol de competências materiais comuns, transpondo inclusive, para o artigo 23, muitas das competências que constavam no artigo 10 daquela Constituição¹⁵⁶.

As competências materiais ou administrativas indicam as áreas em que os entes da federação podem atuar administrativamente, onde realizam seus atos de gestão¹⁵⁷.

A competência comum¹⁵⁸ é puramente administrativa e pelo fato de ser comum à

¹⁵⁴ Menciona-se a decisão da Corte de Arbitragem nº 47, de 25.2.88, que visou à anulação parcial de decreto da região Wallonne de 7.10.85, sobre a proteção das águas de superfície contra a poluição. Foram relatores os Juízes J. Sarot e L. P. Suetens (este último ministrou Curso de Direito Ambiental Belga no II Curso Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente realizado pela Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente, em Salvador, Estado da Bahia, 1981). O Conselho de Ministros Belga argumentou no recurso interposto “que a competência atribuída às regiões em matéria de proteção do ambiente deve ser exercida respeitando-se as normas legais gerais e setoriais, e que, em outros termos, esta disposição não concede às regiões senão o poder de adotar normas mais severas que as normas elaboradas pelo legislador nacional e não o poder de ab-rogar estas últimas”. A Corte de Arbitragem entendeu que normas “gerais” compreendem normas que são aplicáveis a todos os setores da atividade e que normas “setoriais” designam aquelas que só se aplicam a um ou diversos setores de atividade determinada. O Tribunal anulou o art. 70 do decreto da região Wallonne. (FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 335).

¹⁵⁵ A União cabe aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão assuntos de predominante interesse regional, e aos municípios concorrem os assuntos de interesse local.

¹⁵⁶ O artigo 10 da Constituição de 1934 trazia como competência comum da União e dos Estados as de velar na guarda da Constituição e das leis; cuidar da saúde e assistência pública; proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte; difundir a instrução pública em todos os seus graus.

¹⁵⁷ Os atos de gestão segundo Hely Lopes Meirelles, “são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 166).

União, Estados, Distrito Federal e Municípios não importa que estejam todos estes entes em pé de igualdade em relação às matérias que visam.

Ressalta-se dentro da competência material a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, a preservação das florestas, da fauna e da flora e a pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais (art. 23, inc. VI, VII e XI, Constituição Federal de 1988).

A divisão de obrigações¹⁵⁹ constantes no artigo 23 será feita por Lei Complementar, segundo o parágrafo único do referido artigo. Estando a Administração sujeita ao princípio da legalidade, é evidente que a lei é que definirá a tarefa de cada um desses entes. Assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “em decorrência da legislação pertinente, poderá haver, e normalmente haverá, uma delimitação de esferas entre a União e os demais entes federativos”.¹⁶⁰

Observa-se que estas competências podem ser exclusivas da União (artigo 21), dos Estados (artigo 25, §1º) e dos Municípios (artigo 30, incisos III a VIII), pois, cada ente federativo tem seu campo próprio de atuação, excludente de qualquer outra entidade federativa. São competências atribuídas a todas as entidades federativas sobre determinadas matérias, estando no mesmo nível hierárquico (art. 23, CF).

2.2.2 Competências legislativas

As competências legislativas indicam as áreas em que os entes da federação podem criar leis, podendo ser exclusiva, privativa, concorrente ou supletiva.

As competências exclusivas são atribuídas a uma única entidade, sem a possibilidade de delegação ou competência suplementar,¹⁶¹ só cabendo esta à União.

As competências privativas são atribuídas também a uma única entidade federativa, mas com a possibilidade de delegação em questões específicas, mediante lei complementar

¹⁵⁸ Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, out./dez., São Paulo, 1992, p. 127.

¹⁵⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Enquanto não elaborada a Lei Complementar mencionada, a responsabilidade pela proteção do meio ambiente é comum e solidária, podendo ser exigida de qualquer das figuras de direito público interno mencionadas. Assim, um dano ambiental ocorrido por omissão da administração pode ser cobrado de qualquer uma delas, pois a obrigação, até a edição da Lei Complementar, é solidária. O que não pode ser aceito é que a omissão legislativa leve à não consolidação da obrigação. Artigo do Procurador Luiz Alberto David Araújo, publicado na Revista do Advogado, AASP, n. 37, p. 66, set. 1992.

¹⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1990, p. 184.

¹⁶¹ A Constituição Federal não foi rigorosa na utilização dessa expressão, pois nos artigos 51 e 52, trata de matérias de competência exclusiva da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por não admitem a possibilidade de delegação, mas denomina-as de privativas.

(art. 22, parágrafo único da Constituição Federal de 1988). O artigo 24 e seus parágrafos da Constituição Federal prevêm ainda a competência suplementar¹⁶².

Essa idéia, com base na delegação, fica mais nítida na distinção entre competência exclusiva e privativa, segundo José Afonso da Silva:¹⁶³

a diferença que se faz entre competência exclusiva e competência privativa é que aquela é indelegável. Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou a um órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte, declara-se que compete privativamente a ele a matéria indicada.

Discorda Fernanda Dias Menezes de Almeida¹⁶⁴, sobre a diferenciação nas competências exclusivas e privativas:

o que não nos parece apropriado, no entanto, é extremar mediante o uso dos termos “privativo” e “exclusivo” as competências próprias que podem e as que não podem ser delegadas, como se “privativo” não exprimisse, tanto quanto “exclusivo”, a idéia do que é deferido a um titular com exclusão de outro¹⁶⁵.

Segundo Toshio Mukai, essa separação é desnecessária, visto que para atuar administrativamente a União terá, necessariamente, que legislar sobre esses assuntos.¹⁶⁶

A competência concorrente¹⁶⁷ ocorre entre a União e os Estados, cabendo a União normas gerais¹⁶⁸ e aos Estados e também ao Distrito Federal normas particulares, complementares (artigo 24, parágrafo 2º, Constituição Federal).

Alexandre de Moraes¹⁶⁹ expõe:

a Constituição brasileira adotou a competência concorrente de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os

¹⁶² Neste sentido: MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código florestal comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20.

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 413.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 79.

¹⁶⁵ Neste mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 224; CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990, v. 3, p. 1440 e BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 262.

¹⁶⁶ MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 17.

¹⁶⁷ Neste sentido: LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 26, n. 101, p. 87-104, jan./mar. 1989.

¹⁶⁸ Segundo MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, p. 159, out./dez. 1988. “Normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelas Estados-Membros na feitura das suas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos”.

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 697.

Estados e o Distrito Federal especificá-las, por meio de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Na inexistência de legislação federal, devido à competência concorrente, os Estados exercem a competência legislativa plena (art. 24, parágrafo 3º, Constituição Federal). Mas, no caso de superveniência de legislação federal, na competência concorrente, suspende-se a eficácia da lei estadual no que lhe for contrária (art. 24, parágrafo 4º, Constituição Federal).

Observa Alexandre de Moraes que¹⁷⁰ “a competência plena adquirida pelos Estados ou Distrito Federal é temporária, uma vez que, a qualquer tempo, poderá a União exercer sua competência editando lei federal sobre as normas gerais”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷¹, com fulcro no parágrafo 3º do artigo 24 da Constituição Federal de 1988, aponta a competência supletiva do Estado para editar normas gerais visando atender “suas peculiaridades”, ressaltando que esses princípios não valerão para aplicação em outros Estados.

A competência supletiva se exerce na hipótese de haver lacuna na legislação federal.

Cabe observar os ensinamentos de Pontes de Miranda,¹⁷² em comentário à Constituição anterior, mas que também se aplicam à atual:

a questão da existência, ou não, da legislação federal é resolvida segundo o método de fontes e interpretação do direito federal. Aí é que se tem de dizer se há lacuna preenchível com os próprios elementos do direito federal, ou se há verdadeiras lacunas, no sentido de não haver legislação sobre a matéria.

E adiante Pontes de Miranda complementa:

muitas vezes, a legislação federal o encheu (o vácuo) com regras jurídicas não-explicitas, com elementos reveláveis pela analogia ou pelos costumes ou pelos princípios gerais de direito. Em qualquer dessas hipóteses, houve legislação federal, entrou no branco o direito federal. Outra coisa é não ter a legislação federal regulando a matéria, ou ter sido omissa.

O problema não mais se coloca à luz da Constituição de 1988, porque nesta a

¹⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 697.

¹⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1990, p. 196-197. O autor destaca que o termo “suplementar” adotado no texto constitucional não costuma ser empregado pela doutrina ao tratar da repartição de competências, nem o era esse propósito utilizado pelas Constituições anteriores. Assevera que por ser o termo ambíguo, tanto significa “suplementar” quanto “suprir”. Assim, dizer que uma competência é “suplementar” tanto pode significar que essa competência é complementar quanto que ela é supletiva. Na verdade, o termo “suplementar” que aparece no artigo 24 da Constituição Federal de 1988 tem esses dois sentidos: no §1º é empregado por “suplementar” e no § 3º por “supletivo”.

¹⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, v. 2, p. 178.

competência já esta estabelecida. Se, para atender as suas peculiaridades, os Estados entenderem indispensável disciplinar matérias de competência concorrente poderão legislar em plenitude, expedindo inclusive as normas gerais faltantes¹⁷³.

As normas gerais assim fixadas prevalecerão apenas no âmbito do território do Estado que as editar, não podendo o legislador estadual substituir o legislador federal. Esta competência legislativa plena atribuída para cada Estado¹⁷⁴ é no sentido de que cada um atenda às suas respectivas necessidades, não podendo nenhum deles legislar para os demais¹⁷⁵.

Os municípios, após criadas as leis, podem suplementá-las dentro do seu território (art. 30, II, Constituição Federal).

Continua Alexandre de Moraes:¹⁷⁶

a Constituição Federal prevê a chamada competência suplementar dos municípios consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local.

A competência de natureza supletiva enquadra as atribuições originalmente de outro ente, mas, diante da sua omissão é preenchida por outro.

Nas questões cuja competência é de natureza legislativa, a competência supletiva¹⁷⁷ é assumida pelo município para suprir ou compensar a deficiência das legislações federais e estaduais, não podendo contrariá-las.

Registra Ana Cândida da Cunha Ferraz:¹⁷⁸

nota-se, no modo de enunciar essas competências ('zelar', 'cuidar', 'proteger'), além do tom imperativo, certo caráter pedagógico. Cuida o texto de 'lembrar' que cada esfera de poder público tem deveres a cumprir para concretizar as atribuições e competências que o constituinte federal lhes confere.

O município tem que observar a lei federal que à União caiba editar no exercício de sua competência legislativa plena, como por exemplo, da competência exclusiva do município

¹⁷³ Neste sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 197.

¹⁷⁴ HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. **Revista de Informação Legislativa**, n. 87, jul./set., Brasília: Senado Federal, 1985, p. 14.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 155.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 747.

¹⁷⁷ Neste sentido: SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁷⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **União, estados e municípios na nova constituição**: enfoque jurídico-formal. São Paulo: Fundação Faria Lima/Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989, p. 130.

de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII da Constituição Federal). À União cabe privativamente elaborar e executar planos nacional e regional de ordenação do território, que serão objeto de lei federal. Assim, o município deverá adequar sua legislação sobre o ordenamento territorial à legislação federal, suplementando-a quando for o caso, e da mesma forma, se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo à União, o município as haverá de respeitar, podendo complementá-las.¹⁷⁹ Mas não havendo normas estaduais supletivas, é livre o município para estabelecer as necessárias para o exercício de sua competência. Advindo normas postas pela União ou pelo Estado importará na suspensão da eficácia das normas municipais colidentes.¹⁸⁰

Observa-se que a competência concorrente foi denominada assim porque, relativamente a uma só matéria, concorre a competência de mais de um ente político.¹⁸¹

2.3 A competência dos entes federados

Desde a Constituição Federal de 1891 até a Emenda Constitucional 1/69, a competência para legislar sobre recursos naturais era exclusiva da União.¹⁸²

No sistema de repartição de competência entre os entes federados da atual Constituição coube à União, em matéria ligada ao meio ambiente, competência material exclusiva de natureza administrativa para planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (art. 21, XVIII); instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de uso (art. 21, XIX); instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX); explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer pesquisa e a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a

¹⁷⁹ Neste sentido: MUKAI, Toshio. **Administração Pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹⁸⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 157-159.

¹⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 189.

¹⁸² GUERRA, Sérgio. A competência dos entes federados em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, ano 2, n. 6, p. 124, abr./jun. 1997. Em breve histórico sobre a União nas Constituições anteriores temos: Constituição Federal de 1891, competência para legislar sobre minas e terras; Constituição Federal de 1934, legislar sobre bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água, energia elétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração; Constituição Federal de 1937, bens de domínio federal, minas, metalurgia, água, florestas, caça e pesca e sua exploração; Constituição Federal de 1946, riquezas de subsolo, mineração, metalurgia, água, energia elétrica, florestas, caça e pesca; Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional 1/69, jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca, água e energia elétrica.

industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados etc.

A competência da União de natureza legislativa privativa (art. 21, XXIII), entre outras, são as águas e energias (art. 22, IV), trânsito e transporte (art. 22, XI) e populações indígenas (art. 22, XIV).

A proteção do meio ambiente e a preservação das florestas, fauna e flora de forma generalizada passou a ser de competência material ou administrativa também dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, sendo, portanto, comum (art. 23 e seus parágrafos), a estes entes federados.

À União cabe, em caráter concorrente com os Estados e Distrito Federal, a competência para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle de poluição (art. 24, VI).

Aos Estados, cabe além da competência comum juntamente com a União, Distrito Federal e Municípios, para atuação administrativa na proteção do meio ambiente, a competência concorrente¹⁸³ com a União para legislar sobre as matérias estabelecidas no artigo 24, inc. VI, da Constituição Federal, já citado.

Aos Estados é atribuída competência para complementar as normas federais, não podendo ir além daquilo que atenda a suas peculiaridades, ou seja, cautelas e condições particulares para sua região. O Estado não tem competência exclusiva em matéria ambiental, restando-lhe as competências remanescentes¹⁸⁴, e, portanto, qualquer matéria não contida no texto constitucional.¹⁸⁵

Fernanda Dias Menezes de Almeida¹⁸⁶ esclarece que nos municípios a autonomia político-administrativa obteve seu reconhecimento constitucional desde 1891¹⁸⁷, autorizando a

¹⁸³ Fala-se em competência concorrente sempre que mais de um ente federativo se atribui o poder de legislar sobre determinada matéria. Enquanto a competência comum deve aguardar a Lei Complementar para definição de responsabilidades, a concorrente, já traz em si regras de divisão entre os entes políticos.

¹⁸⁴ A Federação brasileira estabeleceu três esferas de competência, e não deu ao município poderes remanescentes, como aos Estados. Em relação aos municípios, prevalece, portanto, o mesmo princípio aplicável à União: a União e os municípios têm os poderes que se acham enumerados na Constituição, e também os poderes que nestes estejam implícitos. Os Estados, além de poderes expressos, têm todos os mais que não lhes sejam negados: são os poderes remanescentes. (LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 324).

¹⁸⁵ Na legislação infra-constitucional, especialmente na Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, que foi recepcionada integralmente pela Constituição Federal de 1988, o Estado, como órgão seccional do SISNAMA, desempenha função de grande relevância para o controle das atividades potencialmente poluidoras: o licenciamento ambiental, através das licenças prévias, de instalação e de operação (art. 10).

¹⁸⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 112.

¹⁸⁷ O reconhecimento dessa autonomia na primeira Constituição republicana, embora não explícito, pôde ser extraído de seu artigo 68, por via interpretativa. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Novos pólos administrativos afetando a federação brasileira. As tendências atuais do direito público. Estudos em homenagem ao professor Afonso Arinos**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 73).

afirmação de que a Federação Brasileira, desde o berço, desenvolveu-se em três planos, nela se identificando não a tradicional divisão entre ordem central e ordens estaduais, mas uma tríplice estrutura que compreende a ordem central, a ordem estadual e a ordem municipal.

O município possui a competência administrativa comum com a União, Estados e Distrito Federal (art. 23, III, IV e VII da Constituição Federal de 1988)¹⁸⁸, e alcança todas as atribuições que sejam voltadas, diretamente, para o interesse local (art. 30, I, da Constituição Federal de 1988). Nesse caso, a competência será plena se ainda não existirem para a matéria normas regulamentadoras. Será suplementar se existirem normas gerais da União e suplementares dos Estados.¹⁸⁹

Neste diapasão julgou o Superior Tribunal de Justiça:

constitucional. Meio ambiente. Legislação municipal supletiva. Possibilidade. Atribuindo, a Constituição Federal, a competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, cabe, aos Municípios, legislar supletivamente sobre a proteção ambiental, na esfera do interesse estritamente local. A legislação municipal, contudo, deve se restringir a atender as características próprias do território em que as questões ambientais, por suas particularidades, não contêm com o disciplinamento consignado na lei federal ou estadual. A legislação supletiva, como é cediço, não pode ineficacizar os efeitos da lei que pretende suplementar (REsp 29299/RS, Min. Demócrito Reinaldo, j. 17.10.94).

A Constituição Federal de 1988 possibilitou a participação dos Municípios em matéria legislativa¹⁹⁰, mormente devido ao estabelecido no artigo 30, cujos incisos I e VIII aduzem à

“Numa linguagem relativamente vaga, mas suficiente para que se compreendesse que os Municípios deveriam ter uma esfera de ação autônoma, dispôs o artigo 68 da Constituição de 1891: ‘Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse’. Talvez a necessidade de usar uma fórmula vaga para não despertar resistência justifique essa redação, mas na verdade ela contém evidente imperfeição. Com efeito, quando o artigo 68 diz que o Município terá autonomia está assegurando que ele terá governo próprio. E com a expressão ‘em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse’ está definido uma área de competência. A conjugação dessas idéias leva, como foi logo reconhecido pelos teóricos e pela jurisprudência, à conclusão de que a autonomia municipal se deveria caracterizar pela existência de um governo escolhido pelos próprios munícipes e que teria competência exclusiva para todos os assuntos de peculiar interesse municipal”.

¹⁸⁸ O município não tem condições estabelecidas no ordenamento jurídico para resolver alguns tipos de questões, e isto decorre em grande parte da não regulamentação da Constituição, em especial o artigo 23, que fala das funções concorrentes, seja do ponto de vista financeiro, seja da regulamentação das funções. (FORTES, José Alexandre Monteiro; PEREIRA, Dilma Seli Pena. Aspectos da Política Nacional de Saneamento. In: PHILIPPI Jr., Arlindo et al. **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999, p. 130).

¹⁸⁹ Essa possibilidade do município suplementar a legislação federal e estadual já era reconhecida pela legislação infra-constitucional, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, cujo destaque está no artigo 2º da Lei 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, que estabeleceu que os Municípios poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, desde que observadas as normas federais e estaduais.

¹⁹⁰ Toshio Mukai afirma que, na competência concorrente, tanto o Estado-membro como o Município podem legislar complementarmente às normas gerais, “Há que se registrar, aqui, que o constituinte, ao imaginar que haveria diferenças substanciais entre as competências administrativas e legislativas; portanto, entre o art. 23 e o art. 24, excluiu propositadamente o Município, do art. 24, dizendo competir à União, Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre diversas matérias que elenca em 16 incisos (art. 24). Contudo, permitiu

competência legislativa municipal relativa a questões de interesse local e à ocupação do solo urbano respectivamente. O subjetivismo daquela expressão leva a interpretações conflitantes. No entanto, tratando-se de matéria ambiental, deve prevalecer o interesse nacional sobre o local.

A respeito das leis municipais que regularizam a ocupação territorial Vladimir Passos de Freitas¹⁹¹ expõe:

a legislação municipal que regula o uso do solo urbano deve, da mesma forma, ater-se às prescrições gerais da União, na esfera de sua competência. Por exemplo, se norma geral da União, como é o caso do Código Florestal, disciplina determinada matéria, não pode o Município, alegando autonomia, legislar diminuindo a restrição geral. Pode, até criar novas restrições na proteção do meio ambiente, porém não afastar as existentes na lei geral.

Hoje é o próprio município que elabora sua lei orgânica, dentro dos parâmetros fixados pelo artigo 29¹⁹² da Constituição, mantendo, de outra parte, a capacidade de auto-governo, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores; a capacidade de autolegislação, mediante a elaboração das leis sobre as matérias de sua competência, e a capacidade de auto-administração, que o habilita a organizar, a manter e a prestar os serviços de interesse local.

O Poder Público municipal, em razão do aparente conflito entre as normas federal, estadual e municipal encontra dificuldades para conceder licenças nos empreendimentos imobiliários às margens dos rios urbanos. Existem dilemas de como agir mediante os casos em que tais licenças já foram concedidas, e os imóveis já se encontram no local em que deveria ter sido preservado. Como exemplo tem-se várias cidades: São Paulo, capital, Blumenau no Estado de Santa Catarina, entre outras (anexo I).

Este conflito é realmente aparente, pois a competência comum dos quatro entes federados é a competência de proteger o meio ambiente (art. 23, inc. VI, Constituição Federal). A competência concorrente, como acima exposto, é para legislar sobre o meio ambiente.¹⁹³

ao Município suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (inc. II do art. 30); aqui, trata-se do Município dar continuidade à legislação existente, federal ou estadual. Assim, o Município pode legislar, p. ex., sobre proteção do meio ambiente (inc. VI), suplementando a legislação federal e estadual, em âmbito estritamente local". (MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 19).

¹⁹¹ FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

¹⁹² Art. 29 da CF – O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta constituição.

¹⁹³ No sentido de competência municipal em matéria ambiental, cita-se DELGADO, José Augusto. **Direito Ambiental e competência municipal**. Cidadania e Justiça, vol. 4, n. 9, p. 32-51, 2 sem. 2000; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **O Município e o Direito Ambiental**. Revista Forense, vol. 88, n. 317, p. 189-194, jan./mar. 1992.

Após esta explanação sobre as competências, passa-se a análise das áreas de preservação permanente em rios urbanos.

2.4 Áreas de preservação permanente e sua base constitucional

Os elementos indispensáveis à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de todos e dever do Estado e da coletividade - encontram-se expostos no parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal:

para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:
 I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e promover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
 II – preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
 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;
 [...]
 VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam animais a crueldade.

Nos termos acima expostos, a Constituição Federal de 1988 recepcionou o Código Florestal¹⁹⁴ e o instituto das áreas de preservação permanente, como elemento essencial para efetivar o direito ao meio ambiente.

As áreas de preservação permanente estão intimamente ligadas à qualidade e quantidade da água dos rios e aos ciclos hidrológicos¹⁹⁵ e fazem parte dos processos ecológicos¹⁹⁶ essenciais para a manutenção de qualquer espécie de vida.

¹⁹⁴ Lei 4.771/65, alterada pela Lei 7.803/89.

¹⁹⁵ O ciclo hidrológico constitui-se pelos ciclos d'água, incluindo-se aí a evaporação, precipitação e formação de corpos d'água, seja através da captação superficial, seja por afloramento do lençol freático, dando origem e afetando assim de maneira direta a qualidade e, principalmente, a quantidade de água no sistema hidrográfico. (FRANCO, José Gustavo de Oliveira. **Direito ambiental matas ciliares**: conteúdo jurídico e biodiversidade. Curitiba: Juruá, 2006, p. 134).

Neste sentido: “As matas ciliares impedem o rápido escoamento superficial, diminuindo os efeitos traumáticos que as inundações causam nos sistemas aquáticos”. (BARRELA, Walter et al. As relações entre as matas ciliares, os rios e os peixes. In: RODRIGUES, Ricardo Ribeiro; LEITÃO FILHO, Hermógenes de Freitas (ed.). **Matas ciliares**: conservação e recuperação. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Fapesp, 2000, p. 196).

Em 1950, Osny Duarte Pereira já explicava em sua obra que “a absorção da água da chuva em terra nua é de 6%, contra 61% em terra florestal”. (PEREIRA, Osny Duarte. **Direito Florestal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950, p. 5).

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 87. Preservar e recuperar os processos ecológicos essenciais significa regenerar e proteger os solos, o ar atmosférico, cuja pureza não é importante apenas para a respiração humana, mas também das plantas, a filtragem da luz e da energia solar nos limites adequados ao processo vital de animais e vegetais, assim como a realização do fluxo desembaraçado dos ciclos biosféricos; defender a qualidade das águas, o patrimônio florestal etc. [...].

Complementa José Gustavo de Oliveira Franco¹⁹⁷:

outros fatores que fazem com que as matas ciliares integrem aos processos ecológicos essenciais, são sua participação no ciclo do carbono e na manutenção do microclima, ambos com interferência nas temperaturas o que, conforme mencionado, interfere diretamente na biodiversidade, principalmente em relação às espécies mais sensíveis, dentre diversos outros aspectos.

As áreas de preservação permanente enquadram-se na definição¹⁹⁸ contida no inciso III, do artigo referido, tratando-se de espaços territoriais que por suas peculiares e características a lei determinou que fossem preservados impedindo qualquer uso que comprometa a sua integridade, ficando assim, debaixo da tutela constitucional.

Destaca-se que, qualquer ação, omissão ou norma que vier a desrespeitar as determinações e objetivos constitucionais deverão ser repudiadas.

2.4.1 Área de preservação permanente e limitação administrativa

A limitação administrativa¹⁹⁹, conforme o entendimento de grande parte dos doutrinadores²⁰⁰, configura-se uma limitação genérica sobre propriedades indeterminadas.

Para Hely Lopes Meirelles²⁰¹ “limitação administrativa é toda imposição de caráter geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”.

Segundo Hely Lopes Meirelles:²⁰²

na defesa dos direitos coletivos é que atua o Poder Público, coarctando direitos individuais, condicionando o uso da propriedade privada e regulamentando atividades particulares que afetem diretamente a comunidade, vale dizer, policiando tudo quanto possa refletir no bem-estar geral. Para tanto, o Poder Público edita normas genéricas de condutas (leis) ou baixa provimentos específicos de atuação administrativa (decretos, regulamentos, provimentos de urgência, etc.), visando a ordenar as atividades individuais, no sentido social em que devem ser exercidas.

¹⁹⁷ FRANCO, José Gustavo de Oliveira. **Direito ambiental matas ciliares**: conteúdo jurídico e biodiversidade. Curitiba: Juruá, 2006, p. 81.

¹⁹⁸ MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 30.

¹⁹⁹ Neste sentido: MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

²⁰⁰ Nesse sentido: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 704; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 630; DOMINGUES, Karina A. da Cruz; DOMINGUES, Manoel José. Aspectos legais da desapropriação ao longo de reservatórios artificiais. **Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental**, São Paulo: IMESP, 1997, p. 287.

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 630.

²⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 632.

Paulo de Bessa Antunes²⁰³ denomina as normas de uso da propriedade não como limitações administrativas ao direito de propriedade, mas sim como delimitação do próprio direito de propriedade²⁰⁴, por ser elemento constitutivo deste, conforme os contornos inscritos na ordem jurídica.

Argumenta Hely Lopes Meirelles:²⁰⁵ “com tais limitações o Estado moderno intenta transformar a propriedade-direito na propriedade-função, para o pleno atendimento de sua destinação social, através de imposições urbanísticas, sanitárias, de segurança e outras”.

Nesta mesma linha de pensamento, Roxana Cardoso Brasileiro Borges²⁰⁶, após lembrar que o dever de manter o meio ambiente equilibrado, hodiernamente, é mesmo parte integrante do próprio conceito de propriedade e que este deriva de lei e não do poder de polícia completa dizendo “[...] que são as limitações administrativas que, em último grau, definem de perto os deveres dos proprietários perante os interesses da sociedade”.

As áreas de preservação permanente costumam ser classificadas como limitações administrativas à propriedade. Ressalva-se o fato de que este título não lhe exaure todo o significado por se tratar de espécie não apenas de restrição, mas sim, de parte do conteúdo, ou próprio contorno, do direito de propriedade sobre o qual recai.

A limitação administrativa, atualmente, já não comporta abranger efetivamente todo o conteúdo incorporado a este instituto das áreas de preservação permanente diante do direito coletivo à proteção ambiental, pois este o submete ao direito de propriedade, tornando-se parte dele, enquanto a limitação administrativa apenas o limita.²⁰⁷

A Constituição Federal de 1988 foi o ordenamento a transformar as áreas de preservação permanente de mera limitação administrativa para espaço territorial especialmente protegido, sendo sustentáculo do bem ambiental maior, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e integrante da função sócio-ambiental da propriedade.

2.4.2 Áreas de preservação permanente em centros urbanos

As áreas de preservação permanente despertam grandes interesses de uso e exploração diante de suas características próprias: alta fertilidade, regiões mais planas, a água que

²⁰³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 285 e 307.

²⁰⁴ As áreas de preservação permanente são elementos integrantes da função social ambiental da propriedade, como já foi demonstrado em tópico específico do capítulo primeiro.

²⁰⁵ MEIRELLES, HELY Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 632.

²⁰⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTR, 1999, p. 156.

²⁰⁷ FRANCO, José Gustavo de Oliveira. **Direito ambiental – matas ciliares**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 85-86.

abrigam em seu interior etc. Esses interesses podem advir tanto dos particulares como do poder público, principalmente quando de interesse público ou social, motivo pelo qual são áreas sujeitas à grande pressão.

A destinação inadequada do solo nos locais previstos pelo Código Florestal²⁰⁸ vitupera a Constituição Federal que tornou as áreas de preservação permanente como espaço territorial especialmente protegido²⁰⁹. Neste sentido leciona Paulo Affonso Leme Machado:²¹⁰

seria possível dar-se outra destinação que não a florestal ao longo dos rios ou cursos d'água? Seria lícita a construção de ranchos de pesca, de hotéis e até de estradas à beira dos cursos d'água? A menos que haja clara e insofismável revogação do Código Florestal para casos especiais, todas as desvirtuações mencionadas pode e devem ser nulificadas ou pelo Poder Público ou por Ação Popular ... Ressalte-se que nem o princípio da autonomia municipal possibilita ao Município autorizar obras públicas ou privadas nas áreas destinadas a florestas de preservação permanente, pois estariam derogando e invadindo a competência da União, que estabeleceu normas gerais.

Assim, não só é vedada a exploração da área de preservação permanente como floresta, mas também como área, o que torna muito mais restritiva a interpretação.

Há divergências, em função da competência legislativa, quanto aos limites de proteção às áreas de preservação permanente localizadas em centros urbanos. Isto porque o município tem competência para legislar sobre o uso do solo urbano, através do Plano Diretor²¹¹ condição validada, pelo Código Florestal com limites nos termos do artigo 2º, parágrafo único, acrescentado pela Lei 7.803/89²¹², que dispõe:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. 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.

²⁰⁸ Artigo 2º do Código Florestal, que prevê a metragem para as áreas de preservação permanente (trinta metros).

²⁰⁹ As áreas de preservação permanente são espaços territoriais especialmente protegidos, de proteção integral. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTR, 1999, p. 122.

²¹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 706.

²¹¹ A repartição de competência em matéria urbanística segue a mesma estrutura traçada pela Constituição Federal de 1988. (ROCHA, Julio César de Sá da. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 22).

²¹² A redação original do artigo não existia nenhum parágrafo, também não havia qualquer menção às áreas urbanas, apresentando-se silente com relação ao tema.

Vladimir Passos de Freitas²¹³ após discorrer sobre as competências constitucionais argumenta que “a verdade é que o artigo 2º, parágrafo único²¹⁴, determina respeito aos princípios e limites nele previstos, levando à conclusão de que as leis municipais não poderão fixar outros, inferiores”²¹⁵.

O autor acima citado recorda que, no caso concreto, torna-se delicada a aplicação dos limites dispostos na Lei Florestal, uma vez que em algumas cidades, situadas à margem de grandes rios, ter-se-ia extrema dificuldade em observar, por exemplo, os quinhentos metros de área de preservação permanente. A adequação à lei dependeria de um trabalho de conscientização dos proprietários nesta situação, e ainda “do ajustamento das situações fáticas à lei, com a análise das peculiaridades de cada caso”²¹⁶. Para estes casos o Ministério Público tem como instrumento do Termo de Ajustamento de Conduta²¹⁷.

Os limites territoriais de proteção sofreram alterações no decurso do tempo e foram expressamente fixados em relação às áreas urbanas somente em 1989. Nesta data grande parte das maiores cidades brasileiras já possuíam incontáveis áreas, loteamentos e outras situações, inclusive legalmente licenciadas, que passaram a estar em desconformidade com a lei. Deve-se ter em conta tal situação na busca gradativa da adequação de cada caso aos novos limites legais.

Vale lembrar que competência para estatuir normas de caráter geral é da União, e, de acordo com o artigo 182 da Constituição Federal de 1988²¹⁸, o poder público municipal, ao elaborar a política de desenvolvimento urbano, que engloba o plano diretor, deverá levar em conta as diretrizes fixadas em lei. Anota-se ainda que o Estatuto da Cidade fixa como competência da União, “legislar sobre normas gerais de direito urbanístico”²¹⁹.

Em sentido contrário se posiciona Luís Carlos Silva de Moraes, que ao analisar o parágrafo único do artigo 2º defende a prevalência do plano diretor sobre o Código Florestal,

²¹³ FREITAS, Wladimir Passos de. Matas ciliares. In: FREITAS, Wladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 323.

²¹⁴ As áreas de preservação permanente estabelecidas pelo artigo 2º do Código Florestal, é que somente poderão ser alteradas por lei formal, em razão da hierarquia legislativa. (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 284).

²¹⁵ Neste sentido: SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 163. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 282.

²¹⁶ FREITAS, Wladimir Passos de. Matas ciliares. In: FREITAS, Wladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 323.

²¹⁷ O termo de ajustamento de conduta é analisado no terceiro capítulo.

²¹⁸ Artigo 182 da Constituição Federal - 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. §1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana..

²¹⁹ Inciso I, do artigo 3º, da Lei 10.257, de 10.07.2001.

baseando-se na especificidade da Lei 6.766/79 – Lei do Parcelamento do Solo Urbano, e na competência constitucional municipal prevista no artigo 30, que entende dar poder ao município, de estabelecer seus próprios limites desconsiderando aqueles expressos na Lei Florestal.²²⁰

Neste mesmo sentido, de possibilitar ao município fixar limites menores que os da lei federal, através de respectivo plano diretor, tem-se o posicionamento de Ronald Victor Romero Magri e Ana Lucia Moreira Borges²²¹. Estes argumentam que o Código Florestal destina-se de maneira mais específica ao meio ambiente natural, buscando atenuar as conseqüências da atuação do homem sobre este. Reconhecem, entretanto, que o município está vinculado aos limites gerais daquela lei, mas que, para as áreas urbanas, onde o espaço natural já se encontra alterado de forma irreversível, outra deve ser a interpretação. De modo que a expressão limites apenas significa que a lei municipal não pode fixar padrões mais rigorosos que a lei federal, pois esta constitui seu teto.

De outra banda, Daniel Roberto Fink e Márcio Silva Pereira rebatem as argumentações supra citadas demonstrando que tais restrições visam garantir a qualidade ambiental e, conseqüentemente, a qualidade de vida tanto do meio rural quanto no meio urbano.²²²

As áreas de preservação permanente nas áreas urbanas²²³ não têm a mesma função daquelas em áreas rurais, pois são reduzidas suas características de *habitat* e corredores de fluxo gênico²²⁴. Mas ao mesmo tempo são de vital importância na melhoria da qualidade de vida nos centros urbanos, uma vez que as áreas verdes: amenizam a temperatura em seu entorno, dispersam poluentes, funcionam como barreiras absorventes de ruídos, aumentam a umidade relativa do ar, melhoram a paisagem criando espaços mais agradáveis em meio à imensidão de concreto, dentre outros benefícios que poderiam ser obtidos se, ao invés de simplesmente “enterrar” os rios nos centros urbanos, estes fossem mantidos com suas vegetações ciliares devidamente protegidas²²⁵.

²²⁰ MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47-48.

²²¹ MAGRI, Ronald Victor Romero; BORGES, Ana Lúcia Moreira. Vegetação de preservação permanente e área urbana: uma interpretação do parágrafo único do art. 2º, do Código Florestal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 1, n. 2, p. 75, abr./jun. 1996.

²²² FINK, Daniel Roberto; PEREIRA, Márcio Silva. Vegetação de preservação permanente e meio ambiente urbano. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 1, n. 2, p. 77-90, abr./jun. 1996.

²²³ Neste sentido: MAGALHÃES, Juraci Perez. **Comentários ao Código Florestal: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 69-72.

²²⁴ Neste sentido: SANTOS, Saint'Clair Honorato. **Direito ambiental: unidades de conservação: limitações administrativas**. Curitiba: Juruá, 2000 e BENJAMIN, Antônio Herman. **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 479.

²²⁵ Neste sentido, MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos brasileiros**. São Paulo: LED, 2001, p. 157 e ss.

E ainda se as áreas de preservação permanente fossem livres, ou seja, apenas com vegetação natural, sem construções, ou canalizações, facilitaria a identificação de esgotos clandestinos, por exemplo, prevenindo questões de saúde pública.

José Augusto de Oliveira Franco²²⁶ confirma:

a dificuldade atualmente encontrada de projetos de despoluição de rios urbanos se dá em grande medida devido à canalização dos corpos d'água, uma vez que se torna praticamente impossível monitorar e identificar ligações clandestinas de esgoto nestas tubulações.

Fator importantíssimo é a manutenção na qualidade e quantidade da água em rios vivos, que servem de *habitat* para pássaros, pequenos animais e a fauna aquática. Outro grande problema que aflige as cidades são as enchentes, devido à excessiva impermeabilização do solo, como retrata Luiz Cesar Ribas:²²⁷

na medida em que se diminui a infiltração das águas pluviais (portanto a recarga dos mananciais) aumenta, por outro lado, o escoamento superficial das águas. Surgem então, os problemas de drenagem, causando-se assoreamentos e inundações, com graves prejuízos ambientais, econômicos e sociais.

Percebe-se que a degradação das áreas de preservação permanente nas margens dos rios é geratriz de graves problemas sociais e ambientais. Isto dá mostras de que a proteção ao meio ambiente surte reflexo direto na qualidade de vida da população.

2.5 Aparente contradição entre Código Florestal e Lei do Parcelamento do Solo Urbano

A Lei Federal 4.771, de 15 de setembro de 1965, intitulada Código Florestal definiu nos artigos 2º e 3º as áreas chamadas de preservação permanente, que são as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo de rios, ao redor de lagos e represas, no topo de morros, nas encostas com declividade acentuada, dentre outras áreas, que de fato justificam uma proteção especial como forma de assegurar o bem-estar das gerações atuais e futuras.

O parágrafo único do artigo 2º do Código Florestal acrescentado pela Lei 7.803/89 reza que

no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações

²²⁶ FRANCO, José Gustavo de Oliveira. **Direito ambiental – matas ciliares**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 101.

²²⁷ RIBAS, Luiz Cesar. Contribuições técnicas à proteção de áreas de mananciais. **Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: IMESP, 1997, p. 323.

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.

Para áreas urbanas a matéria só foi fixada em 1989, data em que, como já afirmado, muitas cidades encontravam-se legalmente²²⁸ construídas e estruturadas nas margens dos rios. Após 1989, estas cidades passam a estar em desconformidade com a legislação em vigor.

Este fator traz aos administradores públicos dificuldades para conceder novas licenças para construção, ou até mesmo para reformas, nas áreas hoje tuteladas pelo Código Florestal.

Em 2004, entrou em vigor a Lei 10.932, alterando a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79) ao dispor:

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, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.

Esta alteração da legislação passando o limite das áreas de preservação permanente para 15 (quinze) metros, é importante modificação no tratamento das áreas de preservação permanente urbana.

A Lei do Parcelamento do Solo Urbano difere do Código Florestal em relação à reserva da faixa *non aedificandi*, reduzindo-a de 30 (trinta) metros para 15 (quinze) metros. Ambas as leis são de âmbito federal, e atuam na esfera própria de competência para disciplinar sobre o assunto, ocorrendo um aparente conflito entre elas²²⁹.

Quanto ao conflito de normas, o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, dispõe:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei

²²⁸ Há época da construção não caracterizava na época nenhuma infração a lei, ou ao plano diretor municipal, pois era dado aos particulares o devido licenciamento para a construção de seus empreendimentos imobiliários.

²²⁹ Existe, realmente, uma controvérsia muito grande a respeito do assunto. Há alguns precedentes. Em São Paulo existem dois entendimentos antagônicos do próprio Ministério Público, e se tem um parecer normativo do Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria do Meio Ambiente, entendendo que o Código Florestal não se aplica à área urbana se houver lei local de uso do solo disciplinando a questão de um modo diferente, daí o porquê dizer-se que a Lei de Uso e Ocupação do Solo é muito importante nessa matéria. E, se não houvesse, aplicar-se-iam as restrições da Lei Lehmann (Lei Federal n. 6.766), que dispõe sobre o uso e parcelamento do solo. Esta é uma questão em aberto. Na Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo tem vigorado este entendimento, ou seja, a inaplicabilidade do Código Florestal nas áreas urbanas. (PHILIPPI Jr., Arlindo et al. **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999, p. 44).

anterior.

A aplicação da norma supracitada ao caso, leva a conclusão de que a Lei do Parcelamento do Solo Urbano – lei posterior – revogou²³⁰ o Código Florestal, que é lei anterior, no sentido de prevalecer como área de preservação permanente os 15 (quinze) metros nas margens dos rios urbanos.

Analisando o aparente conflito, com foco no princípio de especialidade tem-se que o Código Florestal é lei federal geral que disciplina a matéria das áreas de preservação permanente nos leitos dos rios; enquanto a Lei do Parcelamento do Solo Urbano é específica sobre o solo urbano. Assim, esta lei específica deve prevalecer sobre a lei geral nas áreas de preservação permanente urbanas.

No dia 28 de março de 2006, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, editou a Resolução n. 369, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP, referindo-se no artigo 9º que:

a intervenção ou supressão de vegetação em APP para a regularização fundiária sustentável de área urbana poderá ser autorizada pelo órgão ambiental competente, observado o disposto na Seção I desta Resolução, além dos seguintes requisitos e condições: [...]

IV – localização exclusivamente nas seguintes faixas de APP:

a) nas margens dos cursos de água, e entorno de lagos, lagoas e reservatórios artificiais, conforme incisos I e III, alínea “a”, do art. 3º da Resolução nº 303, de 2002, e no inciso I do art. 3º da Resolução CONAMA nº 302, de 2002, devendo ser respeitada faixa mínima de 15 metros para cursos de água de até 50 metros de largura e faixas mínimas de 50 metros para os demais.

Percebe-se que o CONAMA, ao editar esta Resolução, está regulamentando a Lei do Parcelamento do Solo Urbano de forma direta, pois a norma infralegal com finalidade regulamentar presta-se somente à fiel execução da lei, *ex vi* art. 84, IV, da Constituição Federal²³¹, não lhe cabendo inovar ou criar obrigações e direito. Portanto o artigo 9º, inc. IV, letra “a” da Resolução n. 369, reveste-se de legalidade pelo fato de estabelecer a mesma metragem prevista no texto da Lei do Parcelamento do Solo Urbano, ou seja, quinze metros.

Resoluções conforme preleciona Diógenes Gasparini²³², “constituem o meio utilizado

²³⁰ A revogação pode ser expressa, quando o elaborador da norma declarar a lei velha extinta em todos os seus dispositivos ou apontar os artigos que pretende retirar; ou tácita, se houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular inteiramente a matéria tratada pela anterior (LICC, art. 2º, § 1º). DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 357.

²³¹ Art. 84 CF – Compete privativamente ao Presidente da República:

[...] IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

²³² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76.

por órgãos colegiados para externizar e instrumentalizar suas deliberações em assuntos da respectiva competência ou sobre o próprio funcionamento”²³³.

Assim, a lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79 alterada pela Lei 10.932/04) regulamentada pela Resolução n. 369 do CONAMA é legislação específica para cuidar das hipóteses ligadas à área urbana.

O conflito da Lei do Parcelamento do Solo Urbano com o Código Florestal é apenas aparente, vez que não há quebra de ordem jurídica, e sim disciplinamento de situações diversas.

Confirma-se no ensinamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:²³⁴

desta feita, *mutatis mutandis*, “[...] em confronto os citados artigos das leis em referência, resta claro que o art. 2º, referido no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 4.771/65 – Código Florestal, e art. 4º, inciso 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)” (ACMS n. 2004.019089-1, de Timbó, Dês. César Abreu).

O Egrégio Pleno Tribunal de Justiça Catarinense no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade – Apelação Cível n. 04.018657-6 (Xanxerê) – declarou que as leis municipais de proteção ambiental não podem contrariar regra federal (art. 24, inciso VI, §§ 1º, 2º e 4º c/c 30, inciso II, da CF), consolidando o seguinte entendimento sobre a aplicação do Código Florestal e Lei de Parcelamento do Solo Urbano:

pois bem, em confronto os citados artigos das leis em referência, resta claro que o art. 2º, referido no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 4.771/65 – Código Florestal, e art. 4º, inciso III, da Lei n. 6.766/79 – 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 nº 6.766/79).

Restou demonstrado que a metragem das áreas de preservação permanente nas

²³³ MEIRELLES, HELY Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 182-183, expõe: “são atos administrativos normativos expedidos pelas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção, admitem-se resoluções individuais. As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los. Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou destinatários da providência concreta”.

²³⁴ A matéria também está regulada pela legislação do Estado, haja vista a Lei n. 6.063, de 24/05/82 (art. 8º, inciso III, redação da Lei n. 10.957/98 – DOE 16.050, de 24/11/98) “ao longo das águas correntes, é fixado em 15 (quinze) metros, no mínimo, a reserva de faixa não edificável”.

margens dos rios urbanos a ser respeitada é de 15 (quinze) metros.

Após a análise das limitações legislativas sobre as áreas de preservação permanente localizadas em centros urbanos, passa-se a análise da responsabilidade civil do Estado, diante destas limitações em relação aos particulares, nos casos de ocupação imobiliária, em áreas de preservação permanente.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS FRENTE AOS PARTICULARES PREJUDICADOS POR LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS NAS MARGENS DOS RIOS URBANOS

A essência do direito é sua mera realização na prática. (Rudolf von Ihering).²³⁵

Com o advento da Lei 7.803/89, que alterou o Código Florestal de 1965, as áreas de preservação permanente nas margens dos rios urbanos passaram a ser protegidas, tanto quanto nas áreas rurais, na extensão de trinta metros para cada uma das margens. Posteriormente com a entrada em vigor da Lei do Parcelamento do Solo Urbano, Lei 6.766/79, alterada pela Lei 10.932/2004, estas áreas de preservação permanente passaram a ser de quinze metros de extensão às margens dos rios, em centros urbanos.²³⁶

As legislações referidas incidiram sobre situações fáticas de imóveis localizados sobre áreas que passaram a ser consideradas de preservação permanente. Este fato causou conflito de interpretação quanto à concessão de licenças para construção nas áreas *non aedificandi*²³⁷ pela Administração Pública municipal, devido a duas situações estabelecidas pela Constituição Federal.

A primeira situação trazida pela Constituição Federal²³⁸ foi a definição da competência comum dos quatro entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), para proteger o meio ambiente (art. 23, inciso VI, da Constituição Federal), e a segunda, que o artigo 24, inciso VIII, também da Constituição Federal, estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o meio ambiente.²³⁹

Essas regras fizeram com que os administradores públicos municipais acreditassem que poderiam disciplinar integralmente a matéria sobre meio ambiente em área urbana.

Neste contexto duvidoso foram criadas várias limitações legais e administrativas para construção de empreendimentos imobiliários nas áreas de preservação permanente, às margens dos rios urbanos.

²³⁵ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Cretella Júnior e Cretella Agnes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²³⁶ Vide capítulo II, item 2.6.

²³⁷ Conceituada como área em que há impedimento legal para edificações.

²³⁸ A responsabilidade civil do Estado no direito comparado é referida por SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 161 e ss.

²³⁹ Vide capítulo II, item 2.2 e seguintes.

Em todo desdobramento, podem-se observar três situações em que se encontram atualmente os proprietários de imóveis situados nessas áreas.

Na primeira situação enquadram-se os particulares que possuem terreno baldio na área de preservação permanente e ainda não requereram a licença para construção imobiliária. Na segunda situação, os particulares que possuem a licença para construção imobiliária na área de preservação, concedida pela Prefeitura quando a Lei do Parcelamento do Solo Urbano entrou em vigor (1989). Na terceira situação, encontram-se os particulares que, devidamente licenciados, edificaram em áreas de preservação permanente.

A análise jurídica permite constatar resultados variáveis conforme a situação fática do particular atingido pelas limitações legais e administrativas.

Para o estudo e compreensão dessas três situações fáticas, é necessário o estudo da responsabilização civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A responsabilidade civil do Estado

A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere* que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Tem o significado de recomposição, obrigação de restituir ou ressarcir.²⁴⁰ Significa responder alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos; meio e modo de exteriorização da própria justiça.²⁴¹

A doutrina não é uniforme quanto ao conceito de responsabilidade civil do Estado, variando no sentido de abrangência e especificidade.²⁴² Por exemplo, para Hely Lopes Meirelles,²⁴³ “a responsabilidade civil da administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos no

²⁴⁰ O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil.

²⁴¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 89.

²⁴² Grandes são as dificuldades que a doutrina tem enfrentado para conceituar a responsabilidade civil. Autores existem que se baseiam, ao defini-la, na culpa. Por exemplo: Pirson e Villé conceituam a responsabilidade como a obrigação imposta pelas normas às pessoas no sentido de responder pelas consequências prejudiciais de suas ações; Sourdat a define como o dever de reparar dano decorrente de fato de que se é autor direto ou indireto; e Savatier a considera como a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam. (PIRSON e VILLÉ. **Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle**. Bruxelles, E. Bruylant, 1935, t. 1, p. 5. SOUDART. **Traité de la responsabilité civile**. 6. ed., t. 1, n. 1. SAVATIER, **Traité de la responsabilité civile em droit français**. 2. ed. LGDJ, 1951, v. 1, p. 1). Outros como Jossierand, a vêem sob um aspecto mais amplo, não vislumbrando nela uma mera questão de culpabilidade, mas sim de repartição de prejuízo causados, equilíbrio de direitos e interesses, de sorte que a responsabilidade, na concepção moderna, comporta dois pólos: o objetivo, onde reina o risco criado, e o subjetivo, onde triunfa a culpa. (JOSSERAND. **Évolutions et actualités**. Paris: Siirey, 1936, p. 29 e 49).

²⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 647.

desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal”.²⁴⁴

Observa-se que este conceito não prevê a possibilidade de responsabilização da Administração Pública em relação aos danos decorrentes de omissões. Nesse sentido, o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello é mais completo e abrangente, o qual é adotado também por Diógenes Gasparini²⁴⁵, Maria Sylvia Di Pietro²⁴⁶ e Odete Medauar²⁴⁷. Para os referidos autores, “entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que o incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.²⁴⁸

O fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado é bipartido, pois pode ser decorrente de atos lícitos ou ilícitos.

Nos atos lícitos, o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargo a que estão sujeitos os administrados.²⁴⁹ Se é de interesse público, mas mesmo assim vir a causar dano a alguém, toda a comunidade deve responder por ele, e isso se consegue através da indenização, pois todos concorrem, inclusive o prejudicado, já que este como os demais administrados pagam tributos. Tratando-se de atos ilícitos, o fundamento é a própria violação da legalidade, e o Estado, por ter praticado um ato ilícito do qual decorreu um dano, vê-se na contingência de ressarcir a vítima. O agente público autor do ato ilícito é obrigado a recompor, à custa do seu, o patrimônio público desfalcado, com o ressarcimento da vítima. Essa mesma responsabilidade não é impingida ao servidor autor do ato lícito.²⁵⁰

A obrigação de indenizar, que se imputa ao Estado, pode decorrer da Constituição Federal²⁵¹ (art. 37, § 6º)²⁵² ou da lei (artigo 43 do Código Civil, Lei n. 10.406, de

²⁴⁴ Neste mesmo sentido: CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 10; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 168.

²⁴⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 966.

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 418.

²⁴⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 386.

²⁴⁸ Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 937).

²⁴⁹ Decretou o STF – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 190:194.

²⁵⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 967.

²⁵¹ Art. 37, §6º [...] As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²⁵² Essa regra da Carta Magna é de eficácia imediata e não se volta para o passado, ou seja, é inaplicável a acontecimentos ocorridos antes de sua vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 673:104.

10.01.2002)²⁵³ e seu modelo tem servido para as constituições estaduais²⁵⁴.

A responsabilidade civil do Estado, portanto, consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado. Ou seja, o Estado tem o dever de pagar certa quantia em dinheiro, a título de indenização por perda e danos materiais ou morais, ao lesado que perdeu ou então deixou de ganhar, pela decorrência de ações ou omissões antijurídicas que tenha praticado.²⁵⁵

O Estado é responsável, de forma objetiva, pelos danos que causa, isto é, sem a necessidade da vítima comprovar a existência de culpa ou dolo, bastando para tanto a demonstração do dano e do nexo causal entre este e a ação ou omissão estatal. Pensar de forma contrária seria retroagir no tempo e negar a significativa evolução do instituto em prol dos anseios de justiça social do Estado Democrático de Direito.

3.2 A responsabilidade civil do Estado e suas teorias

Hodiernamente, a responsabilidade civil do Estado é aceita universalmente²⁵⁶. Mas a Administração já passou por fases e adotou teorias bastante distintas, indo da irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, civil ou administrativa, e desta para a responsabilidade sem culpa, nas modalidades do risco administrativo e do risco integral.

A compreensão do atual estágio depende do estudo das fases que o antecederam, motivo pelo qual se faz a seguir o estudo das teorias sobre a responsabilidade do Estado.

3.2.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

A teoria da irresponsabilidade do Estado defendia que o Estado não era responsabilizado em hipótese alguma. Essa teoria prevaleceu na época dos estados absolutistas, nos quais o traço marcante era a desigualdade entre particulares e administração. Negava-se que a Administração Pública fosse obrigada a indenizar os prejuízos que seus agentes pudessem causar aos administrados.

²⁵³ Art. 43 CCB – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos atos dos seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deles, culpa ou dolo.

²⁵⁴ A título de exemplo pode-se citar a Constituição do Estado de São Paulo, no seu artigo 115, § 4º.

²⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 806.

²⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 875.

Assevera Diógenes Gasparini:²⁵⁷

seu fundamento encontrava-se em outro princípio vetor do Estado absoluto ou Estado de polícia, segundo o qual o Estado não podia causar males ou danos a quem quer que fosse. Era expressado pelas fórmulas: “*Lé roi ne peut mal faire*” e “*The King can do no wrong*”, ou, em nossa língua: “O rei não pode fazer mal” e “O rei não erra”.

A quebra da irresponsabilidade civil do Estado era realizada por leis que admitiam a obrigação de indenizar em casos específicos.²⁵⁸

A teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado está inteiramente superada, sendo que os últimos povos a abandonarem foram os Estados Unidos da América em 1946 e a Inglaterra em 1947. A partir desse momento, nenhuma legislação, doutrina ou tribunal ousou sustentar a irresponsabilidade do Estado²⁵⁹.

No direito brasileiro, não há registro sobre a adoção da teoria da irresponsabilidade do Estado, sempre se fazendo presente a possibilidade de responsabilização da Administração Pública por danos decorrentes de seus atos ou omissões. No entanto, no Brasil do período colonial, no qual vigoravam as leis portuguesas, os colonos não tinham nenhum direito de indenização por danos causados pelos agentes da Coroa Portuguesa²⁶⁰. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶¹ afirma que somente “durante o Brasil-colônia vivenciou-se a teoria da irresponsabilidade”.

Com a evolução dos tempos e da derrocada dos estados absolutistas, passou-se a admitir que o Estado, através de seus atos e agentes, também cometia falhas que causavam sérios danos aos particulares, não sendo razoável exigir dos cidadãos que suportassem os

²⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 968.

²⁵⁸ A exemplo pode-se citar a Lei Francesa que previa responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente como a Lei 28 pluvioso do Ano VIII, que se reportava aos danos oriundos de obras públicas, e de outro lado também se admitia responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais. A Constituição de 1824, no item 29 do art. 179, admitia a responsabilidade dos agentes públicos, em lugar da responsabilidade do Estado, ressalvado o Imperador, que não estava submetido a qualquer responsabilidade, nos termos do artigo 99 dessa Carta Magna. (RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965, p. 238).

Lei 28 pluvioso do Ano VIII – Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 945) as leis da época assim se identificavam. Estão reportadas ao “calendário republicano”, isto é, instaurado pela Revolução Francesa. O ano I teve início à meia noite de 22 de setembro de 1792 do calendário gregoriano e foi utilizado até ser abolido por Napoleão, em 1805, tendo vigorado, pois, durante 13 anos, já que a partir de 1º de janeiro de 1806 foi substituído. O ano era dividido em doze meses iguais, de 30 dias cada. Denominava-se: Vendemiário, Brumário, Frimário, Nivoso, Pluvioso, Ventoso, Germinal, Floreal, Prairial, Messidor, Termidor e Frutidor. 28 Pluvioso do ano VIII, de acordo com a tabela de conversão, corresponde a 17 de fevereiro de 1800.

²⁵⁹ CAHALI, Youssef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Publicações Europa-América, 1977, p. 16.

²⁶⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 971.

²⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 876.

prejuízos decorrentes desses atos lesivos. Com isso, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado e a obrigatoriedade de indenizar os danos provocados por seus atos, abandonando-se a teoria da irresponsabilidade para admitir a responsabilidade com culpa civil ou administrativa.

3.2.2 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado

A teoria da culpa administrativa ou responsabilidade subjetiva do Estado²⁶² surgiu sob a influência do liberalismo e equiparou o Estado ao particular para fins de indenização. De modo que o Estado torna-se responsável a indenizar sempre que seus agentes agindo com dolo ou culpa, causem danos a terceiros.²⁶³

Diógenes Gaparini²⁶⁴ afirma que

essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela incorria a obrigação de indenizar. O Estado e o indivíduo eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade, respondiam conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam.

Hely Lopes Meirelles²⁶⁵ afirma que esta teoria pede muito da vítima, pois, “além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização”.

A falta de serviço, nos ensinamentos de Duez,²⁶⁶ pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço, casos em que, ocorrendo qualquer destas hipótese, presume-se a culpa administrativa ou subjetiva e a obrigação de indenizar.

Para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal, necessita de algo mais, ou seja, a culpa ou dolo, como elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

Apesar da responsabilidade subjetiva do Estado ter representado um avanço em relação à teoria da irresponsabilidade, ainda estava longe de satisfazer os anseios de justiça. Isso porque o lesado, além de demonstrar o dano ocorrido, tinha também que provar o dolo ou

²⁶² Neste sentido: GOMES, Sebastião Valdir. **Direito ambiental brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 99.

²⁶³ Essa Teoria da responsabilidade subjetiva, foi acolhida pelo nosso Código Civil de 1916, nos termos do que estabelecia seu artigo 15, hoje artigo 43, e vigorou sozinha até o advento da Constituição Federal de 1946, passando após a conviver com a teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria da responsabilidade objetiva.

²⁶⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 589.

²⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 649.

²⁶⁶ DUEZ, Paul. **La Responsabilité de la Puissance Publique**. 1927, p. 15 e ss.

a culpa do agente. No intuito de amenizar essa situação, desviou-se o foco da obrigação de indenizar da culpa do agente para a culpa do serviço. Essa teoria da “*faute du service*”²⁶⁷, emanada do direito francês, responsabilizava o Estado pelo danos causados aos particulares sempre que o serviço estatal “não funcionava (não existia devendo existir), funcionava mal (devendo funcionar bem) ou funcionava atrasado (devendo funcionar em tempo)”.²⁶⁸ Segundo Hely Lopes Meirelles, a responsabilidade subjetiva do Estado leva em conta este binômio “falta do serviço – culpa da administração”.²⁶⁹

As Constituições de 1824²⁷⁰ e 1891 não continham dispositivos que estabelecessem a responsabilidade civil do Estado. Previam apenas a responsabilidade do funcionário. Contudo, as leis ordinárias e a jurisprudência estabeleciam a responsabilidade civil do Estado (teoria da responsabilidade subjetiva).

O Código Civil Brasileiro de 1916 acolheu, em seu artigo 15,²⁷¹ a responsabilidade subjetiva do Estado, que também foi adotada pelas Constituições de 1934²⁷² (artigo 171) e 1937 (art. 158).

Mesmo havendo a presunção de culpa, o que eximia os particulares de comprová-la, a responsabilidade com culpa do agente ou do serviço público também não atendeu aos anseios de justiça, buscando novas teorias que responsabilizassem o Estado pelos danos causados aos particulares de forma objetiva, fundada em “elementos de caráter social, de equidade, de solidariedade, de prevenção, de assistência e de segurança [...]”.²⁷³

²⁶⁷ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o engano é provindo de uma má tradução da palavra “*faute*” que em francês significa “culpa”, e em alguns países, inclusive no Brasil, foi traduzida como “falta (ausência)”, o que dá a idéia de algo objetivo. Outro motivo que poderia ter ensejado tal engodo residiria no fato da culpa da administração, em muitos casos, ser presumida diante das dificuldades de se demonstrar a negligência, imprudência ou imperícia na execução de serviço público. No entanto, conclui o autor que “em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia ou prudência – antítese de culpa – estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 577).

²⁶⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 589.

²⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 649.

²⁷⁰ Constituição de 1824, artigo 179, inc. XXIX estabelecia que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. Equivalente dispositivo encontra-se no artigo 82 da Constituição de 1891.

²⁷¹ Código Civil de 1916, artigo 15 “As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

²⁷² Constituição de 1934, artigo 171, “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”. E a Carta de 1937, no artigo 158, reproduziu o mesmo dispositivo.

²⁷³ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.

3.2.3 Teoria da responsabilidade objetiva do Estado

O marco histórico mundial que representou uma profunda remodelação na forma de pensar o tema da responsabilidade pública foi o caso “Blanco”²⁷⁴, do direito francês, o qual influenciou incisivamente na estruturação e autonomia do direito administrativo.

A repercussão do caso “Blanco” justifica-se pela afirmação de uma nova forma de pensar a responsabilidade estatal com princípios próprios, totalmente desvinculada da responsabilidade entre particulares regida pelo Código Civil. Foi a partir do caso “Blanco” que se estabeleceu o regime jurídico da responsabilidade privada e o regime jurídico da responsabilidade pública. Não obstante isso, o caso Blanco nada mais fez do que confirmar a decisão já proferida no julgado de 06 de dezembro de 1855 no caso Rothschild, o qual figura como marco do estudo da responsabilidade pública.²⁷⁵

É a partir e com fundamento nas decisões do Conselho de Estado francês que surge a “teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa”, ou “teoria da responsabilidade patrimonial objetiva”, “teoria do risco administrativo”, ou ainda “teoria objetiva”.

No Brasil, a grande alteração legislativa concernente à responsabilidade do Estado ocorreu a partir da Constituição de 1946²⁷⁶, que foi o primeiro ordenamento pátrio a adotar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado (art. 194).

A teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva²⁷⁷ defende a obrigação

²⁷⁴ No ano de 1873, a menina Agnes Blanco, ao cruzar os trilhos que cortavam uma rua da cidade francesa de Boudeaux, foi colhida pelo vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício. O pai da menor, move perante os tribunais judiciais, uma ação civil de indenização contra o prefeito do Departamento da Gironda, com o fundamento de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos ocasionados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes (Código Civil francês, artigos 1.382, 1383 e 1384). Como na França existe o contencioso administrativo, ou seja, a administração julga, foi suscitado o denominado conflito de atribuição, indagando-se a quem caberia a decisão da controvérsia – aos tribunais judiciais ou aos tribunais administrativos? O Tribunal de Conflitos, órgão competente para resolver os conflitos de atribuição suscitados, decidiu que a controvérsia deveria ser resolvida pelo Tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente do funcionamento de um serviço público. A célere decisão BLANCO do Tribunal de conflitos, em 1º de fevereiro de 1873, equaciona a questão, definitivamente, em termos publicísticos, derogando a colocação privatística, fundamentada nas disposições civil. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970, v. III, p. 22).

²⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970, v. III, p. 23.

²⁷⁶ Constituição de 1946, artigo 194, “As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

²⁷⁷ Neste sentido: GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental Brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 99-101. STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 22 e ss. MUKAI, Toshio. **A administração pública em face da responsabilidade ambiental. Direito Ambiental: o desafio brasileiro e a nova dimensão global**. (Coord.) Maria Artemisia Arraes Hermans. Brasília: Brasília Jurídica: OAB, Conselho Federal, 2002, p. 121 e ss. JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha de Souza. **Responsabilidade Civil do Estado por danos ambientais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 23 e ss.

do Estado em indenizar o dano, tão só, do ato lesivo que ele o causou.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, § 6º, estabeleceu a responsabilidade objetiva:

Art. 37 – [...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988²⁷⁸ seguiu a linha traçada nas constituições anteriores, e abandonou a teoria subjetiva da culpa, orientando-se pela doutrina do direito público e manteve a responsabilidade civil objetiva da administração, sob a modalidade do risco administrativo. Posição esta que, além de constar do texto constitucional tem sido admitida reiteradamente pela jurisprudência²⁷⁹, e doutrina.²⁸⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸¹ confirma:

responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

Segundo esta teoria não se exige a culpa do agente público, nem a culpa do serviço; é suficiente a prova da lesão e de que foi causada pelo Estado.

A culpa decorre do risco que a atividade pública gera para os administrados. Esse rigor é suavizado mediante prova colhida pelo Estado que a vítima concorreu parcial ou totalmente, para o evento danoso, ou que não teve origem em um comportamento da Administração Pública, ou seja, foi causado por um particular.

A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o poder público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a

²⁷⁸ A Constituição Federal de 1988 adotou duas teorias para caracterizar a responsabilidade civil, a da responsabilidade objetiva do Estado, não interessando se ele agiu com culpa ou não, bastando provar a lesão, o nexo causal e a responsabilidade subjetiva, mas só para particulares, pessoas físicas ou jurídicas, que necessitarão provar dolo ou culpa entre si.

²⁷⁹ STF, RE 35.136-SP, RTJ 8/146; RDA 55/261, 97/177; TFR, RTFR 36/163; RDA 42/253, 58/319; RT TJSP, RDA 31/299, 40/337, 49/198, 63/168; RT 197/168, 202/163, 203/299, 211/189, 251/299, 255/328, 259/148, 275/319, 297/301, 330/270, 382/138, 449/104; TASP, RT 346/299.

²⁸⁰ Neste sentido: DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, 1954, p. 552 e ss.; FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 1957, p. 215, n. 84; LAZZARINI, Álvaro. **Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos dos seus agentes**. RJTJSP 117/14.

²⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 949-950.

indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração. A administração, todavia, poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização²⁸².

3.2.4 Teoria do risco integral do Estado

A teoria do risco integral obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Nela não se indaga a culpa da vítima na produção do evento danoso. Não se permite qualquer prova visando elidir a responsabilidade do Estado. Basta para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento²⁸³.

Hely Lopes Meirelles verifica que a teoria do risco integral é a versão extremada da doutrina do risco administrativo, praticamente em desuso por levar a injustiças. Isso porque, segundo essa teoria, o Estado haveria de indenizar o particular, sempre e em quaisquer circunstâncias de danos provocados, independentemente do administrado ter concorrido para o evento danoso. A aplicabilidade desta teoria levaria o Estado ao absurdo de indenizar danos provocados única e exclusivamente por culpa da vítima. Essa teoria radical jamais foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro²⁸⁴. Embora haja quem tenha sustentado sua admissibilidade no texto das Constituições da República.²⁸⁵ Este entendimento se desgarrar da doutrina e se divorcia da jurisprudência que se formou, consagrando a teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo, e não do risco integral.²⁸⁶

²⁸² STF, RE 113.587-5-SP, DJU 3.4.92; RE 120.224-SP, DJU 27.8.93.

²⁸³ O Estado por esta teoria do risco integral, teria que indenizar por exemplo a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou então, se alguém resolvesse se atirar de um prédio sobre uma via pública. Em ambas as situações a Administração Pública teria que indeniza-los, pelo simples fato de ser proprietária do veículo ou da via pública.

²⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 650. Neste mesmo sentido: JUCOVSKI, Vera Lúcia R. S. **Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais**. (Brasil – Portugal). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 37.

²⁸⁵ MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, 1960, p. 323. e BARROS, Octávio de. **Responsabilidade Pública**. São Paulo, 1956, p. 103.

²⁸⁶ STF, RDA 179-180/193; TFR, RDA 42/253; RT 220/502; TJMT, RT 273/698; TJSP, RDA 31/288, 40/337; RT 197/168, 202/163, 203/299, 269/263, TASP, RT 291/666.

3.3 Responsabilidade civil do Estado frente aos particulares que possuem imóveis nas áreas de preservação permanente, às margens dos rios urbanos

Verificada a responsabilidade civil do Estado passa-se ao desdobramento das três situações anteriormente comentadas e enfrentadas pelos particulares proprietários de imóveis localizados em áreas de preservação permanente, às margens de rios urbanos, e o possível cabimento de indenização por dano a estes causado pela administração pública municipal ao estabelecer limitações administrativas e legais ao direito de propriedade.

As áreas de preservação permanente enumeradas pelo Código Florestal (art. 2º, parágrafo único da Lei 7.803/89) e posteriormente pela Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 10.932/04, art. 4º, inc. III) geram discussões e impasses quanto à efetiva proteção dada as áreas de preservação permanente, situadas à margem de rios urbanos, frente aos direitos fundamentais da propriedade (art. 5, XXII e XXIII, Constituição Federal) e meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, Constituição Federal).

A seguir são descritas as três situações fáticas que envolvem o problema de pesquisa, elencando elementos legais, doutrinários e hermenêuticos, na busca de possíveis respostas.

3.3.1 Proprietários de lote urbano baldio, localizado em área de preservação permanente, à margem de rio urbano

O Código Florestal (Lei 4.771) norma que dispõe sobre a proteção das áreas de preservação permanente data de 1965, mas somente com o advento da Lei 7.803/89, que alterou o Código Florestal, a tutela foi estabelecida também para as áreas de preservação permanente, às margens dos rios urbanos.

Em 1989 inúmeras cidades já tinham loteamentos demarcados e lotes urbanos vendidos em área edificável que, com o advento da Lei 7.803/89, tornaram-se áreas de preservação permanente²⁸⁷, esvaziando à primeira vista o direito de propriedade dos particulares e gerando *prima facie* o dever do Município de indenizar esse dano causado.

Numa primeira análise o dever de indenizar seria deflagrado pela alteração da legislação. Ocorre que o Estado não tem responsabilidade civil por atos legislativos.

A regra que prevalece sobre atos legislativos é a da irresponsabilidade do Estado, por vários argumentos. O Poder Legislativo atua no exercício da soberania, podendo alterar,

²⁸⁷ Tratam-se das florestas e demais formas de vegetação que não podem ser removidas, tendo em vista a sua localização, dada a sua importância ecológica. MAGALHÃES, Juraci Perez. **Comentários ao Código Florestal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 53.

revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição. O Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda coletividade, e os ônus delas decorrentes são para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais. Aos cidadãos não cabe responsabilizar o Estado por atos de parlamentares pelo motivo de que foram eleitos pelos próprios cidadãos²⁸⁸.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁹ ao analisar a irresponsabilidade estatal por ato legislativo defende que “nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas”.

Segundo a mesma autora as leis de efeitos concretos que atingem pessoas determinadas geram a responsabilidade do Estado, porque, como elas fogem às características da generalidade e abstração inerentes aos atos normativos, acabam por acarretar ônus não suportado pelos demais membros da coletividade.

A lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Poder Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando causem prejuízos ao administrado.²⁹⁰

Neste mesmo sentido Cretella Júnior leciona que “o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a um ou a um número restritíssimo de administrados”²⁹¹.

Yussef Said Cahali mostra que “a lei, produto da vontade soberana do órgão competente, perfeita constitucionalmente, pode causar um dano injusto aos particulares”²⁹².

Observe-se que estes doutrinadores admitem a responsabilização do Estado em caso de dano causado, pois toda indenização pressupõe a existência de dano. Reside neste ponto uma questão crucial à resposta do problema. Questiona-se: o advento da Lei 7.803/89 que instituiu os 15 metros às margens dos rios urbanos, antes edificáveis, como área de preservação permanente, causou dano aos proprietários de lotes baldios localizados nestas áreas?

²⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 416.

²⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 416.

²⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 417.

²⁹¹ CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 255-261.

²⁹² E ainda o mesmo autor transcreve acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em que foi acolhida a tese de responsabilidade do Estado por lei estadual que criou a reserva florestal do Vale do Paraíba, afetando totalmente o direito de propriedade. Nesse acórdão foi feita a diferença entre limitação administrativa e o sacrifício que decorre da lei para pessoas determinadas; no primeiro caso, o princípio da solidariedade determina que todos os componentes do grupo social têm o dever de suportar um sacrifício gratuito em benefício da coletividade; no segundo caso, quando o sacrifício passa a ser particular, surge o direito à indenização. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 229-239.

Convém anotar que somente há dano quando ocorre violação a um direito juridicamente tutelado. Qual o direito violado? O direito de propriedade? Antes de qualquer formulação há que se questionar qual o conteúdo do direito de propriedade.

Segundo o Código Civil brasileiro, art. 1.228, o direito de propriedade implica uso, gozo e disposição, mas vincula-se ao cumprimento da função econômica e social de modo que sejam preservados, nos termos da lei, 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. A Constituição Federal de 1988 trata o direito de propriedade como um direito fundamental que precisa cumprir sua função sócio-ambiental.²⁹³

Sob a égide da função sócio-ambiental da propriedade a limitação ao direito de construir nas áreas de preservação que margeiam os rios urbanos não esvazia o direito de propriedade²⁹⁴, pelo contrário, cuida para que este cumpra efetivamente sua função, sem a qual não merece tutela legal.

Mesmo diante da nova ordem constitucional, alguns autores²⁹⁵ continuam a sustentar o esvaziamento do direito de propriedade e o dever do Estado de indenizar os proprietários.

Neste sentido, Maria Emília Mendes Alcântara²⁹⁶ apresenta três teorias que autorizam seu posicionamento: (a) enriquecimento ilícito do Estado, o qual determina que lesão causada ao patrimônio de particular obriga a indenização do patrimônio afetado; (b) o sacrifício especial, pela qual o interesse geral sobrepõe o individual, mas sendo o prejuízo suportado diretamente por apenas parcela da coletividade, estes, atingidos de modo desigual e especial, merecem indenização, generalizando, assim, o sacrifício especial; (c) a expropriação, teoria estratificada do direito de propriedade, pela qual o Estado só pode atingir o direito de

²⁹³ As implicações e o significado da função sócio-ambiental da propriedade foram analisadas no capítulo primeiro, item 1.4.

²⁹⁴ A criação de parques nacionais, estaduais ou municipais é uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico que grava com a intocabilidade toda a área na qual se tenha estabelecido o parque. Esta circunstância faz com que os proprietários de terras da referida área não possam mais explorar economicamente o seu bem, esvaziando-lhe o conteúdo econômico e, portanto, reiterando-lhe qualquer utilidade que não seja a de lazer. (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 255).

²⁹⁵ É inerente à atividade estatal a preservação do interesse público em razão do privado, mas nunca utilizar-se daquele para a supressão unilateral deste. A própria estrutura da Constituição Federal contrapõe-se a esta idéia, dando-nos a concepção de que o poder estatal, em tese ilimitado, será limitado todas as vezes que atingir direitos e garantias individuais (art. 5). Tanto é que o parágrafo primeiro desse artigo definiu tais direitos como de aplicação imediata, sendo desnecessária qualquer regulamentação, e, como garantia maior, transformou tais direitos e garantias em “*cláusulas pétreas*” (art. 60, § 4º). Estando o direito de propriedade entre esses, sua supressão por ato estatal, seja criando (Poder Legislativo) ou executando (Poder Executivo) dispositivo de lei, deve o particular ter uma retribuição. Não se diga estarem “truncadas” as competências estatais, mas que estão adequadas ao único limite intransponível: os direitos e as garantias individuais. (MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39).

²⁹⁶ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 55-56.

propriedade por procedimento específico, a desapropriação.

Para a autora, no direito pátrio, ajusta-se tecnicamente melhor a última teoria, principalmente pela regulamentação prevista no inciso XXIV, do art. 5º, ou seja, o inciso imediatamente posterior aos que prevêm o direito de propriedade, indicando as três formas de se adentrar a propriedade privada: interesse e necessidade pública, e reforma agrária punitiva.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a matéria:

incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública²⁹⁷.

Apesar do posicionamento do Supremo volta-se a afirmar que a ordem econômica deve observar como princípio a função social da propriedade (art. 170, III, Constituição Federal). Caso se generalize a tese da indenização por desapropriação, o município passará a ser proprietário de todas as áreas de preservação permanente, às margens dos rios urbanos, condição economicamente inviável e desproporcional²⁹⁸ na análise jurídica.

3.3.2 Proprietários de terrenos em áreas de preservação permanente, às margens dos rios urbanos que possuem licença para construção

O proprietário que adquiriu o seu imóvel nas referidas áreas de preservação permanente e posteriormente recebeu a licença do município para efetuar o seu empreendimento imobiliário²⁹⁹ está amparado por um ato administrativo chamado licença que é concedida pelo Poder Público Municipal.

A licença³⁰⁰ é um ato administrativo declaratório, vinculado e definitivo³⁰¹. Ou seja, se forem atendidos todos os requisitos previstos em lei, não pode sob pena de ilegalidade, ser

²⁹⁷ Recurso Extraordinário n. 134.297-8-SP, Relator Ministro Celso de Mello.

²⁹⁸ O princípio da proporcionalidade é tratado no item 3.3.4 deste capítulo.

²⁹⁹ ALVAREZ, Lautaro Rio. **El urbanismo y los principios fundamentales del derecho urbanístico**. MAP, p. 262.

³⁰⁰ A licença é espécie de ato administrativo “unilateral e vinculado, pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 189).

³⁰¹ Licença é o ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada, desde que satisfeitas as exigências legais. [...] Dessas licenças são exemplos a de construir. (GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87).

negada pela Administração Pública a licença solicitada pelo administrado³⁰².

Se a administração pública, com vistas a tutelar as áreas de preservação permanente, retirar a licença que foi concedida ao particular para realização de seu empreendimento imobiliário e causar a este um dano, gera o dever de indenizar.

Neste sentido Diógenes Gasparini leciona que “por atos (permissão, licença) ou fatos (atos materiais, a exemplo da construção de obras públicas) administrativos que causarem danos a terceiros a regra é a responsabilidade civil do Estado”³⁰³.

Verifica-se que as respectivas licenças concedidas aos particulares para construção às margens de rios urbanos antes da vigência da Lei 7.803/89 revestem-se de legalidade, pois inexistiam impedimentos. As concedidas entre o advento da Lei 7.803/89 até a entrada em vigor da Lei 10.932/2004 que alterou a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79), deveriam ter respeitado o limite de recuo em 30 metros. Após 2004, área de preservação permanente, às margens de rios urbanos, passou a ser de 15 metros.

O dever de indenizar é gerado, como já analisado, pela violação de um direito, e conseqüente produção do dano. Abaixo se faz análise do direito adquirido para justificar o dever de indenizar.

3.3.2.1 Do direito adquirido

Pode-se compreender o instituto do direito adquirido a partir do conceito apresentado por Gabba³⁰⁴:

é direito adquirido o direito que: (a) é consequência de fato idôneo a produzi-lo, em virtude de lei do tempo no qual o fato ocorreu, embora a ocasião de fazê-lo valer não se desse antes da atuação de lei nova a respeito do mesmo, e que (b) nos termos da lei sob o império do qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

Para a ocorrência do direito adquirido, é necessário que se tenha originado de um fato jurídico de acordo com a lei do tempo, em que se formou ou produziu e que tenha entrado para o patrimônio do indivíduo.

Paccifici-Mazzoni³⁰⁵ esclarece o instituto afirmando que

direito adquirido é a consequência de fato idôneo a produzi-la, em virtude de lei do tempo no qual o mesmo se consumou e que antes da atuação da nova lei entrou a

³⁰² Sob licenças vide item 1.6 do cap. I.

³⁰³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 974.

³⁰⁴ GABBA, N. **Teoria della retroattività della leggi**. 3. ed. Roma, 1891, I, p. 191.

³⁰⁵ PACCIFICI-MAZZONI, **Instituzioni di diritto civile**. 4. ed. Florença, 1903, I, p. III.

fazer parte do patrimônio da pessoa a quem respeita, embora não tenha podido fazer-se valer por parte dela, por falta de ocasião.

Mais importante que conclamar o direito adquirido, é constatar a situação jurídica por ele protegida que é de capital importância, cabendo ressaltar que, em todos os Estados do país, muitas propriedades já tinham sido desmatadas e como exemplo citam-se as cidades construídas nas margens dos seus rios, ocasionando situações jurídicas a serem observadas pelas leis futuras (Lei do Parcelamento do Solo urbano).

Do entendimento de Bernardes Rodrigo Braga³⁰⁶ se extrai que após iniciada a obra licenciada inequivocadamente há o direito adquirido³⁰⁷. Tudo aquilo que acede ao solo passa, por via de regra, a ser objeto do direito de propriedade do proprietário deste.

Há direito de propriedade sobre a construção, ainda que apenas iniciada e esse direito não pode ser atingido por ato administrativo que, com base em legislação nova, vise a revogar a autorização em virtude da qual se praticaram os atos necessários a que ele surgisse. Essa revogação³⁰⁸ é obstada pela existência desse direito adquirido (o direito de propriedade sobre a construção). Não há mais uma simples faculdade jurídica que pode ser exercida porque o ato administrativo (licença) declarou a inexistência de qualquer restrição a esse exercício; existe, sim, um direito subjetivo, ou seja, o direito de propriedade sobre o que já se construiu integrado no patrimônio de seu titular. Por isso, não se pode admitir que o Poder Público, nesta hipótese, tenha a possibilidade de revogar a licença, indenizando, a *posteriori*, os danos decorrentes da demolição. Para Bernardes Braga³⁰⁹ o caminho seria o da desapropriação,

mediante justa e prévia indenização em dinheiro³¹⁰, vislumbrando o direito adquirido do

³⁰⁶ BRAGA, Bernardes Rodrigo. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, jul./set. 2004, p. 90.

³⁰⁷ Em matéria ambiental não há o chamado direito adquirido de poluir, mas se tem entendido que o direito adquirido de poluir, no caso, estaria impedindo eventuais implantações de empreendimentos anteriores à legislação ambiental se o empreendimento foi só formalmente aprovado antes da lei, sem que tenha sido iniciada a sua implementação. Retomando: aprova-se um loteamento, depois vem uma lei ambiental mais restritiva quando já está em andamento a implantação do projeto/obra; então, não se pode eliminar exatamente o direito do proprietário por ele ter iniciado antes da lei, nem impedi-lo de continuar sua obra. Isso é o que o Poder Judiciário tem entendido e tem procurado respeitar. (CARONI, Edson; VIANA, Josimar de Lima; XIMENES, Theodora. **Efeito retroativo X direito adquirido**: legislação e empreendimentos imobiliários. Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil. São Paulo: Arlindo Philippi Jr, Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999, p. 44).

³⁰⁸ Odete Medauar afirma que “o poder de revogar encontra limite no tocante aos atos vinculados, editados na conformidade de requisitos e condições, pré-fixadas na norma, e atendidos pelo interessado [...]. É o caso das licenças. Se a administração revogar ato de que decorreu direito, caberá o pagamento de indenização pelos danos causados” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 188).

³⁰⁹ BRAGA, Bernardes Rodrigo. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, jul./set. 2004, p. 91.

³¹⁰ Para que não se negue o conceito de direito adquirido, deve haver compensação, quando o exercício da soberania (público sobre o particular) seja necessário (ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade**

particular sempre que a obra estiver iniciada.

O Supremo Tribunal Federal confirma o entendimento no Recurso Especial n. 90.159-SP, relatado pelo Ministro Rafael Mayer no sentido de que o poder público “[...] não pode revogar a licença para a construção, quando esta já se tenha iniciado, pois então já se configurou um direito adquirido [...]”.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXXVI, regulou a matéria nesses termos: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Pode-se dizer que a lei nova (Lei 7.803/89) tem caráter imediato e geral, mas não pode atingir a situação jurídica definitivamente constituída sob a égide da lei anterior (Lei 4.771/65), sob pena de se comprometer a segurança jurídica do sistema.

Celso Antônio Bandeira de Mello³¹¹ entende que, se necessário, para atender o interesse público, a Administração se achar no imperativo de rever certa situação e afetar a relação jurídica constituída, atingindo o direito de alguém, a solução é expropriá-lo, pois, caso contrário, corresponderia à ofensa de um direito e à prática de um ato ilegítimo que o Judiciário deve fulminar se o interessado assim o requerer. Depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção, a Administração não pode “revogar” ou “cassar” esta licença sob alegação de que mudou o interesse público ou de que se alterou a legislação a respeito. Se o fizer, o Judiciário, em havendo pedido do interessado, deve anular o ato abusivo, pois cumpre à Administração expropriar o direito de construir.

Perfilhando a tese de que a indenização é sempre devida, averbam Daniel Roberto Fink e André Camargo Horta de Macedo³¹²:

em qualquer caso, contudo, é importante que se considerem os aspectos econômicos envolvidos, bem como os direitos subjetivos, em especial aqueles que dizem respeito ao empreendedor. Em se tratando de ato vinculado, e havendo novas circunstâncias que recomendem a suspensão ou a retirada da licença ambiental, sem que o empreendedor tenha dado causa a elas, certamente ele faz jus ao ressarcimento de seu investimento, bem como aos lucros cessantes e perdas e danos. Caso contrário, a hipótese representaria verdadeiro confisco, repugnado por nosso sistema jurídico.

Nessa mesma linha³¹³, apenas descartando a indenização por lucros cessantes, averba

do Estado por atos legislativos e judiciários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 56).

³¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 420-421.

³¹² FINK, Daniel Roberto; MACEDO, André Camargo Horta de. **Roteiro para licenciamento ambiental e outras considerações: aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 12.

³¹³ Neste mesmo sentido: OLIVEIRA, Antonio Inagê Assis de. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999, p. 63.

Lúcia Valle Figueiredo³¹⁴, na hipótese de não haver qualquer possibilidade de adequação, deverá haver a cassação da licença³¹⁵, com a indenização do que não houver sido ainda amortizado.

De todo exposto conclui-se que os particulares que de posse da licença, legalmente concedida, iniciaram a construção se lhes assiste o direito adquirido da licença.

3.2.2.2 Licenças emitidas em violação à norma e direito à indenização

Em função do respeito às normas postas, devido à má observância da legislação³¹⁶ ou à conveniência da Administração Pública escoltada pelo setor imobiliário³¹⁷, existem no Brasil inúmeras construções irregulares.

A Administração pública pode efetuar o cancelamento da licença³¹⁸ nos casos em que ela é expedida em flagrante dissonância com a ordem jurídica, quando subsidiada por falsa descrição de informações relevantes, ou, ainda, pela superveniência de graves riscos para o ambiente e a saúde, insusceptíveis de superação mediante a adoção de medidas de controle e adequação.

A concessão de licença que incorre em ilegalidade não importa em direito adquirido, sendo inarredável sua nulidade, respeitada a boa-fé de terceiro que tenha sido lesado diante do ato, subsistindo a este direito indenizatório.³¹⁹

Diógenes Gasparini contribui ao afirmar que o ato de invalidação incide sobre um ato administrativo inválido, isto é, produzido sem a devida atenção ao ordenamento jurídico. O

³¹⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 54-55, jul./set. 2004.

³¹⁵ Cassação é o nome vulgar dado à expressão da licença em virtude da legislação superveniente. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Revista de Direito Administrativo**. vol. 145, p. 30, jul./set. 1981).

³¹⁶ Art. 3º da LICC – Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

³¹⁷ A especulação imobiliária deriva, em última análise da conjugação de dois movimentos convergentes: a superposição de um sítio social ao sítio natural e a disputa entre atividades ou pessoas por dada localização. A especulação se alimenta dessa dinâmica, que inclui expectativas. Criam-se sítios sociais uma vez que o funcionamento da sociedade urbana transforma seletivamente os lugares, aperfeiçoando-se às suas exigências funcionais. É assim que certos pontos se tornam mais acessíveis, mais atrativos e, também, uns e outros, mais valorizados. (SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1993, p. 96).

³¹⁸ A licença para construir é um ato negocial e vinculado, que se constitui pela solicitação da parte com atendimento de todas as exigências legais e regulamentares da Administração. Por isso, gera direito individual e subjetivo à construção licenciada, a qual só pode ser demolida ou impedida na sua execução após a desconstituição regular do ato gerador desse direito, que é o alvará. E essa desconstituição há de ser feita pelo caminho inverso, observado o devido processo legal, pois não é discricionária nem arbitrária, mas vinculada à existência e legitimidade dos motivos invocados para a invalidação da licença. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 220).

³¹⁹ A matéria foi devidamente elucidada nos embargos declaratórios opostos ao agravo de instrumento de nº 00.009664-4.

objeto do ato de invalidação é, comumente, um ato administrativo ilegal e eficaz, de natureza abstrata ou concreta. Os efeitos do ato de invalidação alcançam o ato administrativo inválido no seu nascedouro, já que não há nulidade superveniente. São, portanto, retroativos e operam desde então, ou *ex tunc*. Restaura-se, em sua plenitude, a situação vigente anteriormente ao ato invalidado, resguardados unicamente os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé.

A invalidação ou a anulação da licença³²⁰ não outorgam ao então beneficiário do ato extinto qualquer direito à indenização, desde que ocorram antes de qualquer investimento ou realização de despesas”.³²¹ Caso contrário, precisa ser mensurado o dano sofrido. Neste caso, portanto, verifica-se que para aqueles proprietários que apenas possuem a licença para construção, mas que ainda não a realizaram, não enseja direito adquirido e tampouco à indenização, pois não ocorreu nenhum investimento para ser ressarcido.³²²

Aqueles proprietários que de posse da licença emitida em contrariedade à norma legal iniciaram a construção nas margens dos rios urbanos deverão ser ressarcidos dos prejuízos, pois sofrem diminuição no seu patrimônio, devido a um ato ilegal da Administração Pública, devendo respeitar-se a boa-fé do particular que tenha sido lesado diante do mesmo.³²³

Édis Milaré³²⁴ argumenta neste sentido:

mesmo suspensão ou cassada a licença, é importante assinalar, remanesce o direito do administrado de algum modo vinculado ao empreendimento: se não sob a forma de atividade efetiva, ao menos sob a forma de ressarcimento dos danos (materiais e morais) que vier a sofrer por perdas dos investimentos que antes foram legítima e legalmente autorizados.

A despeito de todas as considerações feitas, e somando ao status do meio ambiente ser um direito fundamental à sobrevivência do homem, bem como à circunstância de que a

³²⁰ O Ministro do Superior Tribunal Federal Carlos Medeiros Silva, em parecer, colocou opinião peculiar sobre a licença para construir, afirmando que “a licença para construir é um ato administrativo, gera direitos e vincula a Administração que o emitiu assim como os destinatários. Não se pode revogá-la em face à mutação de interpretação; somente quando tenha havido infração da lei poderá revogar-se o ato de que resultou vantagem para o particular, sendo que os reflexos da alteração da jurisprudência administrativa não atingem os atos administrativo já praticados, tendo os adquirentes de boa-fé, confiado na licença e na sua inscrição no cadastro imobiliário, nem aqueles que a promoveram, agora vinculados a compromissos com terceiros, podem sofrer atentados aos seus direitos ou ficar à mercê de riscos da anulação ou modificação da licença”. (Parecer, **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Medeiros Silva, vol. 109, jul./set. 1972, p. 269).

³²¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120.

³²² No Recurso Especial 105.634 – PR, Min. Francisco Rezek, seguiu o entendimento dominante, ressaltando sempre, porém, que inexistente direito adquirido se a obra não se iniciou, quando então a lei nova atingirá em cheio a situação jurídica pendente, obrigando o particular a ceder diante das novas exigências e vicissitudes impostas.

³²³ Tendo o empreendedor realizado investimentos, tais como a realização de obras, não pode mais a Administração Pública revogar a licença concedida, desde que vigentes e respeitadas as condicionantes propostas, pois isto equivaleria não só a uma afronta ao direito adquirido, mas ao conteúdo do direito de propriedade. (BRAGA, Bernardes Rodrigo. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, jul./set. 2004, p. 90).

³²⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 555.

liberdade de empreender se condiciona à sua integral proteção, parece difícil para a Administração sustentar a aniquilação de um direito do administrado, privando-o da correspondente indenização.

3.3.3 Proprietários de edificações consolidadas em área de preservação permanente, às margens dos rios urbanos

No final da década de 80 muitos empreendimentos já haviam sido edificados às margens de rios sem que isso se caracterizasse à época da construção qualquer infração à lei, ou ao plano diretor dos municípios.

Hodiernamente, há conflito sócio-jurídico, pois o poder público não está concedendo licenças, para reformas desses imóveis. Faticamente estabeleceu-se uma limitação administrativa ao direito de propriedade, gerando prejuízo econômico em face da proibição de reforma, construção ou demolição.

Segundo Hely Lopes Meirelles, as limitações administrativas são, por exemplo, o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos. Contudo, se o impedimento de construção ou desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade³²⁵, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem.³²⁶

O Superior Tribunal de Justiça³²⁷ tem entendido que

as limitações administrativas, quando superadas pela ocupação permanente, vedando o uso, gozo e livre disposição da propriedade, desnatura-se conceitualmente, materializando verdadeira desapropriação. Impõe-se, então, a obrigação indenizatória justa e em dinheiro, espancando mascarado confisco.

Segundo José Afonso da Silva³²⁸, a “limitação à propriedade privada constitui, portanto, gênero do qual são espécies as restrições, as servidões e a desapropriação”. O sacrifício ao direito de propriedade gera a desapropriação indireta³²⁹, verdadeiro esbulho da

³²⁵ Neste sentido: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico: desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 71. *Advocacia Pública & Sociedade* – Ano II – n. 3.

³²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

³²⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Jurisprudência ambiental brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995, p. 92-93.

³²⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

³²⁹ A desapropriação indireta não é uma modalidade de desapropriação, mas sim de um ato ilícito da Administração Pública ao se omitir sobre dois requisitos constitucionais inarredáveis da desapropriação, ou seja,

propriedade particular. A desapropriação indireta é uma gentil construção doutrinária e jurisprudencial sobre o apossamento, puro e simples de bens privados.

Celso Antônio Bandeira de Mello³³⁰ diz que a desapropriação indireta

é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração ao patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente.

Assim, o proprietário que esbulhado na propriedade, por limitações administrativas, sentir total esvaziamento de seu direito pode pleitear indenização por desapropriação indireta.

O Superior Tribunal de Justiça³³¹ cita o informativo 288 para esclarecer sobre as indenizações cabíveis em processos de desapropriação, onde exista área de preservação permanente:

com base na jurisprudência do STF no sentido de serem integralmente indenizáveis as matas e revestimentos vegetais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de desapropriação, ou sujeitas a limitações administrativas, mesmo que integrantes de áreas de preservação permanente, a Turma conheceu em parte do recurso extraordinário, e, nessa parte, deu-lhe provimento para reformar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em ação de desapropriação direta, entendeu indenizáveis apenas a parcela das matas não sujeitas à proteção permanente e, portanto, passíveis de exploração comercial.

Algumas decisões do Tribunal do Estado de São Paulo apresentam posição contrária, ou seja, consideram que áreas de preservação permanente não têm caráter de produção econômica e, portanto, não são passíveis de indenização.³³² Esta orientação jurisprudencial não está vazia de sentido, pois faz-se necessário lembrar que o momento atual é valorizar os bens naturais, para a própria preservação da espécie humana. Muitas vezes é o próprio estabelecimento de áreas de preservação permanente que irá servir de suporte para a valorização econômica de um bem.

Do exposto se pode apreender que a Administração Pública ao limitar o empreendimento imobiliário do particular não lhe concedendo mais licenças para manutenção

da declaração e da indenização e dá-se quando o Estado se apossa da propriedade particular e a utiliza efetivamente no interesse público. A afetação decorrente integra, irreversivelmente, o bem esbulhado, ao domínio público, cabendo, porém, ao espoliado pleitear a indenização. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 283).

³³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 385-6.

³³¹ Informativo 288 (RE – 267817), Título Desapropriação e Área de Preservação Permanente. Precedente citado: RE134.297-SP (RTJ 158/205). RE 267.817-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 29.10.2002. (RE – 267817).

³³² Exemplo do Recurso Especial RESP 408172/SP-2002/0009063-6 e do RESP 259948/SP2000/0049831-9.

ou reconstrução de seu imóvel, acarreta uma indenização no valor e na extensão da limitação, que lhe foi imposta, configurando a desapropriação indireta total, no caso da reconstrução, ou a desapropriação indireta parcial, no caso de manutenção da propriedade, pois, considerando as razões históricas, a prova de domínio e posse, a temporalidade da aquisição e a atividade econômica pré-existente são os pressupostos necessários para a incidência da preterida indenização.

A linha divisória entre a limitação administrativa do direito de propriedade e o esvaziamento deste mesmo direito é extremamente tênue e precisa ser examinado em cada caso concreto, para que possa haver ou não uma possível indenização.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues³³³ prelecionam:

a defesa do meio ambiente pode justificar restrições a outros direitos constitucionalmente protegidos. Assim, por exemplo, a liberdade de construção, que muitas vezes se considera inerente ao direito de propriedade, é hoje configurada como liberdade de construção potencial, nas quais se incluem as normas de proteção ao meio ambiente.

Estabelece-se neste ponto uma colisão de dois direitos fundamentais: propriedade e meio ambiente, que será objeto de análise no tópico que segue.

3.3.4 Princípio da proporcionalidade – estrutura formal de aplicação das normas-princípios

No intuito de buscar a aplicação efetiva dos direitos fundamentais, para tecer conclusões sem desrespeitar a ordem constitucional vigente faz-se o estudo do princípio da proporcionalidade entendidos como aplicável nos casos sob análise.

O direito a propriedade e o direito ao meio ambiente são, conforme já demonstrado no capítulo primeiro, direitos fundamentais, entendidos pela dogmática e jurisprudência constitucionais contemporâneas como norma-princípio. Hierarquicamente, os princípios constitucionais estão no mesmo patamar, não havendo *in abstracto* a prevalência de um sobre outro.

A problemática se apresenta quando os dois princípios colidem numa situação de aplicabilidade do direito. Nesse caso, imprescindível é a interpretação constitucional, mas esta

³³³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 32-33.

apenas não basta³³⁴. Bem afirma Paulo Bonavides³³⁵ que “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”. E para sua aplicabilidade os métodos tradicionais são impotentes.

Mas como saber qual princípio aplicar? Excluir um em favor do outro? A resposta ao conflito pode ser resolvida a partir da teoria dos princípios formulada por Robert Alexy³³⁶.

Robert Alexy ensina que “es perfectamente posible presentar la situación de decisión como una colisión de principios”³³⁷. Ou seja, é possível apresentar uma solução quando o direito de propriedade colidir *in concreto* com o direito ao meio ambiente. E neste caso é necessário ponderação³³⁸ na aplicabilidade dos princípios para que possam se realizar na “maior medida possível”³³⁹.

Quando em colisão um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, a solução não se dá declarando que um dos princípios não é válido e eliminando-o do sistema jurídico; tampouco se soluciona com a introdução de uma exceção a um dos princípios, de forma que em todos os casos futuros este princípio tenha sido considerado uma regra satisfeita ou não. A solução da colisão consiste em, considerando as circunstâncias do caso, se estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada³⁴⁰. Ou seja, no caso de colisão os princípios precisam ser “pesados” para que um ceda ante o outro. Ou seja, numa situação de colisão o princípio que “pesa” mais prevalece sobre o que pesa menos.

³³⁴ A interpretação constitucional não é suficiente, sendo necessário, e hipótese de colisão, produzir uma norma de decisão mediante a ponderação. (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 239 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000, f. 142-144).

³³⁵ Bonavides apresenta teses sobre a interpretação de direitos fundamentais. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 592, 601-604).

³³⁶ Ela tem como elementos básicos: a distinção teórico-estrutural entre princípios e regras, segundo a qual os princípios são mandamentos de otimização e as normas mandamentos definitivos; a tese da relação de precedência condicionada, formalizada pela lei de colisão; as estruturas de ponderação, racionalizadas (“procedimentalizadas”) no princípio da proporcionalidade e seus elementos, sobretudo no princípio da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de ponderação) e a tese das precedências ou prioridades *prima facie*. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203).

³³⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81.

³³⁸ A realização da ponderação de bens requer o atendimento de alguns pressupostos básicos: (1) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição o até mesmo a não-realização do outro; (2) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso concreto. (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 239f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000, f. 145).

³³⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 204.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 92.

Ao “pesar” os princípios está-se a aplicar o método da ponderação de bens³⁴¹.

Como bem ensina Robert Alexy³⁴² “en esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, *abstractamente del mismo rango*, posee *mayor peso en el caso concreto*”.

Para Wilson Steinmetz³⁴³ “o resultado da ponderação pode ser formulado como uma regra – uma regra de precedência ou preferência (de cuja generalização resulta a lei de colisão) que expressa uma relação de precedência condicionada – sob à qual subsume-se o caso concreto”.

A aplicação da “ley sobre la conexión de relaciones de precedência condicionadas y reglas”³⁴⁴ leva a seguinte conclusão no caso em concreto:

A circunstância (impossibilidade econômica do Estado) é uma condição da relação de precedência, que faz o respeito às áreas de preservação permanente (proteção ao meio ambiente) em áreas construídas ceder passo ao direito de propriedade, e tem como consequência jurídica a não-indenização estatal pela possível diminuição do conteúdo do direito de propriedade.

Na teoria dos princípios de Alexy a relação de precedência condicionada é resultado da ponderação. Todavia, a regra de precedência não descreve o processo intelectual da ponderação. E neste aspecto existe uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais³⁴⁵: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁴⁶. É o princípio da proporcionalidade³⁴⁷ que

³⁴¹ A idéia de ponderação surge em todo lado onde haja necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão entre bens juridicamente protegidos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, s/d, p. 1220).

³⁴² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 90.

³⁴³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 209.

³⁴⁴ Las condiciones bajo las cuales un principio precede outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 94).

³⁴⁵ Que são aplicadas em uma ordem pré-definida. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, p. 30, abr. 2002).

³⁴⁶ O princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcionada. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 209-212).

³⁴⁷ “No Brasil, não está resolvido se princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade se referem a uma mesma coisa, o se, ao contrário, não se identificam; ora o princípio da proporcionalidade é entendido como princípio, ora como postulado normativo aplicativo [...] Tudo isso tem como consequência que o princípio da proporcionalidade se presta mais a uma definição analítica do que sintética. Ou seja, é possível apreendê-lo, não de forma direta e imediata, mas mediante análise e descrição progressivas de sua estrutura, pressupostos, finalidade, hipóteses de fundamento de validade, insuficiências, relação com outros princípios – princípios da igualdade e da razoabilidade – e outros aspectos”. (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 239f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000, f. 151).

operacionaliza a ponderação³⁴⁸.

Para Robert Alexy³⁴⁹ os princípios são mandamentos de otimização de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação determinante do grau de realizabilidade ou satisfação dos princípios no caso concreto, com relação as possibilidades jurídicas. Enquanto a máxima da necessidade e da adequação segue o caráter dos princípios como mandamentos de otimização em relação às possibilidade fáticas.

Para Humberto Ávila³⁵⁰ o postulado da proporcionalidade se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre um meio e um fim,

de tal sorte que se possa proceder a três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)

Segundo Wilson Steinmetz³⁵¹ o princípio da adequação ordena que se “verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida”. Ou seja, na busca da realização de um fim – proteção às áreas de preservação permanente – a desapropriação indireta apresenta-se como o meio mais apropriado?

Por sua vez, o princípio da necessidade³⁵² refere-se aos meios utilizados para

Paulo Bonavides afirma que “é na qualidade de princípio constitucional o princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda sociedade, que se faz mister reconhece-lo já implícito, e portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 435).

³⁴⁸ O princípio da proporcionalidade em sentido amplo compreende a ponderação de bens. (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 239f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000, f. 147).

³⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112.

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 149.

³⁵¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212.

³⁵² No princípio da necessidade, identificam-se, no mínimo, quatro notas essenciais. A primeira, já exposta, é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a de que se parte da hipótese de que havia ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do

consecução do fim³⁵³. Para aplicar o princípio é preciso escolher entre os meios possíveis de realização do fim desejado, o menos gravoso ao direito fundamental em questão. Assim, para cumprir seu dever de proteção ao meio ambiente, o Município tem pelos menos dois meios: desapropriar as áreas de proteção permanente às margens dos rios urbanos e custear as indenizações ou respeita o direito de propriedade, limitando-o através das previsões dos Termos de Ajuste de Conduta ou limitações administrativas postas no Plano Diretor. Pergunta-se, é indispensável no cumprimento da finalidade demolir prédios em áreas que não mais resta vegetação? É exigível aplicar recursos públicos para indenizar proprietários que construíram seus empreendimentos sob a égide da legislação vigente à época? Não será menos gravoso ao Município ajustar condutas para conservar a vegetação que ainda resta e garantir a conservação do meio ambiente?

Wilson Steinmetz³⁵⁴ afirma que³⁵⁵

o princípio da proporcionalidade se revela um princípio formal. Na hipótese de colisão, por exemplo, o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta e nem pretende que em diferentes casos de colisão, com idênticos direitos fundamentais em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio, por meio dos três princípios parciais, exige é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, as circunstâncias do caso. [...] Portanto, o princípio da proporcionalidade caracteriza-se por ser uma estrutura formal de aplicação das normas-princípios.

Luís Virgílio Afonso da Silva,³⁵⁶ “o chamado princípio da proporcionalidade não pode

elemento da dúvida. Nesse sentido, é o princípio da desconfiança. A terceira nota essencial é a da comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. Inicialmente, compara-se adotando o critério da menor prejudicialidade ou da maior benignidade. Se houver empate no quesito prejudicialidade, então verificasse qual é o meio ou medida mais eficaz. Contudo, aqui surge uma pergunta: se houver um meio *M1* menos gravoso que o meio *M2*, porém menos eficaz, então qual meio deverá ser considerado legítimo? A questão comporta no mínimo duas respostas. Uma é a que prevalece na jurisprudência e doutrina alemã, segundo a qual a eficácia do meio mais benigno deverá ser, no mínimo, igual ao do meio mais prejudicial. Caso contrário, não será exigível a substituição deste por aquele. A outra resposta enuncia que a condição para que a medida menos gravosa substitua a mais prejudicial é de que seja suficientemente apta ou eficaz para a consecução da finalidade perseguida. A quarta nota essencial é a dimensão empírica. É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é o meio menos prejudicial. (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 239f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000, f. 155).

³⁵³ El Estado fundamenta la persecución del fin F con el principio P1 o F es idéntico a P1. Existen, por lo menos, dos medios, M1 y M2, que son igualmente adecuados para lograr o promover F. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 113.

³⁵⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 239f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000, f. 180.

³⁵⁵ No mesmo sentido Humberto Ávila reconhece a proporcionalidade como postulado estruturador da aplicação de princípios. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 149). Já, Paulo Bonavides afirma que o princípio da proporcionalidade é direito positivo no ordenamento jurídico brasileiro. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 436).

³⁵⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. RT-798. São Paulo: RT, abril de 2002, p. 25.

ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações” e conclui por entender a proporcionalidade como regra.

Entendida como uma regra, a proporcionalidade³⁵⁷ difere-se da razoabilidade³⁵⁸. Esta relacionada com o devido processo legal aplica-se pela exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins³⁵⁹. Aquela se subdivide em três sub-regras conforme já apresentado, que devem ser aplicadas em ordem pré-definida: “a análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*”.³⁶⁰ O princípio da razoabilidade³⁶¹ “corresponde apenas a primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação”.

3.3.5 A possibilidade de regularização dos empreendimentos imobiliários em áreas de preservação permanente urbana às margens dos rios

³⁵⁷ Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma que sem dúvida pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 53).

³⁵⁸ O princípio da razoabilidade é um princípio implícito na Constituição e garante ao administrado a coerência lógica na disposição de *discrimens* na atividade urbanística. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Minas Gerais: Del Rey, 1994, p. 215).

³⁵⁹ Neste sentido BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 81, vol. 675, n. 23, p. 66, out./dez. 1992.

³⁶⁰ A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. [...] É justamente a relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da sub-divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já na tiver ido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 798, p. 34, abr. 2002).

³⁶¹ Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeira, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139).

O problema exposto vem sendo enfrentado em todo o país em razão dos cursos d'água “costurarem” os centros urbanos, e muitos destes cursos d'água já se encontrarem até mesmo canalizados, o que descaracteriza a mata ciliar ou a área de preservação permanente em suas margens. Em muitas cidades a faixa *non aedificandi* estipulada pelo Código Florestal (trinta metros) e após pela Lei do Parcelamento do Solo Urbano (quinze metros) já não se tem mais as características de área de preservação permanente devido a consolidação dos loteamentos e construções no local.

A Administração Pública, no momento em que constatou que a concessão de licenças para construções em áreas de preservação permanente era ilegal, simplesmente não mais as emitiu. Esta postura gerou insatisfação nos proprietários de imóveis localizados nas áreas protegidas os quais ficaram impedidos de reformar, reconstruir e até mesmo demolir seus imóveis (anexo II).

A interpretação literal da legislação em vigor implicaria a demolição de boa parte das edificações situadas nos centros urbanos, construídas a menos de quinze metros das margens dos cursos d'água, o que caracterizaria uma atitude desgarrada de bom senso e moderação (ponderação). Todavia, não se pode deixar de conservar os recursos naturais ainda existentes, mesmo que parques, em algumas áreas, impedindo a expansão dos danos ambientais. E ainda tentar resgatar a vegetação às margens dos rios urbanos, quando possível.

Apresenta-se então, no caso *in concreto* a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade ponderando os bens jurídicos que estão no jogo de interesse, na busca da solução mais adequada e necessária.

Verifica-se que várias propostas têm surgido na busca de soluções conciliadoras diante dessa colisão de direitos fundamentais, destacando-se, como exemplo, o termo de compromisso de ajustamento de conduta (TAC)³⁶². O termo foi estabelecido como

³⁶² O compromisso de ajustamento de conduta é antes um ato administrativo negocial (negócio jurídico de direito público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (o causador do dano, que concorda em adequar às exigências da lei). O compromisso de ajustamento de conduta pode versar qualquer obrigação de fazer ou não fazer relacionada com a defesa de quaisquer interesses transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), como por exemplo, questões ligadas ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, à ordem econômica e à economia popular, à ordem urbanística etc. Tal como está previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, o compromisso de ajustamento de conduta é lavrado em termo, e nele se contém uma obrigação de fazer ou não fazer; é ele tomado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da Ação Civil Pública ou coletiva, e mediante esse instrumento, o causador do dano a interesses transindividuais se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações já pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.

O objeto do compromisso de ajustamento pode versar qualquer obrigação de fazer ou não fazer, no zelo de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que inclui basicamente a proteção a danos efetivos ou potenciais aos seguintes interesses: a) meio ambiente; b) consumidor; c) ordem urbanística; d) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, arqueológicos, históricos); e)

instrumento judicial pelo artigo³⁶³ 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (LACP) e é de índole eminentemente preventiva, adequado aos interesses ambientais³⁶⁴.

Se, de um lado, o mecanismo denota ser de utilidade visível para resolver litígios concretos de dano iminente ou consumado,³⁶⁵ no qual o responsável se dispõe a cumprir as exigências legais, de outro, a tarefa é incontestavelmente complexa, pois os interesses jurídicos ambientais são, em sua compreensão conceitual, indisponíveis.

O caráter indisponível do bem ambiental impede que seja, por exemplo, feita uma transação, dispondo-se de maneira irrestrita dos interesses relevantes da sociedade. De fato, o compromisso de ajustamento não é tecnicamente uma transação³⁶⁶ da forma consagrada pelo direito civil, mas sim, um instrumento similar, em que o agente se submete a cumprir as exigências legais, sem que haja propriamente uma disposição legal.³⁶⁷

Trata-se, na verdade, de um novo instrumento³⁶⁸ de tutela de interesses metaindividuais preventivo e inibitório, em concepção diversa dos institutos do direito civil existentes e objetivando regular uma ordem social e jurídica diferenciada.³⁶⁹

Embora este instrumento seja uma forma de pactuar com o iminente infrator, este não objetiva admitir que as irregularidades e condutas anti-sociais permaneçam não resolvidas, mas, ao contrário, estabelece determinações quanto ao seu cumprimento, sob pena de desvirtuamento.

ordem econômica e a economia popular; f) crianças e adolescentes; g) idosos; h) pessoas portadoras de deficiência; i) investidores no mercado de valores mobiliários; j) quaisquer outros interesses transindividuais. (MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 11, n. 41, jan/mar. 2006, p. 94-104).

³⁶³ Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

³⁶⁴ LEITE, José Rubens Morato. Termo de ajustamento de conduta e compensação ecológica. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Aspectos processuais do Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 105.

³⁶⁵ MILARÉ, Edis. Tutela jurídico-civil do ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 1, 1995, p. 43.

³⁶⁶ A transação é instituto que estabelece uma concessão mútua de direito e feita em juízo, e tem sua concepção traçada no perfil interindividual do Código Civil Brasileiro. Art. 1.025. Mencione-se que, com supedâneo no art. 1.035 do mesmo código só se permite a transação de direitos patrimoniais privados objeto, portanto não condizente com os interesses metaindividuais. (CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 2, p. 300). Define transação como: “ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem ou previnem obrigações litigiosas ou duvidosas”.

³⁶⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; ABELHA, Marcelo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 176-177; PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Transação no curso da ação civil pública. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, v. 16, p. 125, 1995.

³⁶⁸ GUERRA, Isabella Franco. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 55. Neste sentido, afirma: Há que se ressaltar que o instituto denominado compromisso de ajustamento de conduta não se confunde com o instituto da transação.

³⁶⁹ CLEMES, Sérgio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na Lei Brasileira. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis, Paralelo 27, 1996, p. 188-190.

Um exemplo fático é o Termo de Ajustamento de Conduta realizado entre o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e a Administração Pública do Município de Chapecó, Santa Catarina (anexo III), que possibilitou aos proprietários de imóveis consolidados e localizados em áreas de preservação permanente uma “compensação pecuniária” ou uma outorga onerosa,³⁷⁰ ou ainda melhor, uma “outorga onerosa de requalificação ambiental” fundamentando-se no princípio do poluidor-pagador,³⁷¹.

O princípio do poluidor-pagador³⁷² visa a mais ampla recomposição do dano ambiental, não devendo ser confundido como permissão para degradar o meio ambiente mediante o pagamento de determinado valor estipulado e, muito menos, como mera composição pecuniária pelos prejuízos causados.

Na lição de Magda Monteiro³⁷³ esse “princípio busca redistribuir os custos da deteriorização, imputando-os ao sujeito econômico que gerou a degradação ambiental, não se resume na fórmula de que ‘quem polui paga’, ou que, ‘se pagar, pode poluir’.

Este princípio está inserto no art. 4, VII, da Lei 6.938/81 que estabelece a política nacional do meio ambiente e visa a imposição ao poluidor-pagador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente.

A compensação pecuniária³⁷⁴ daí resultante possibilita ao Poder Público a execução de

novas ações preventivas voltadas única e exclusivamente para o meio ambiente.³⁷⁵

³⁷⁰ Na outorga onerosa tudo o que é construído além do que é permitido pela lei dentro de um terreno, chama-se solo criado. O Estudo pioneiro sobre o então “solo criado” foi feito pelo Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM (atualmente designado como Fundação Prefeito Faria Lima, entidade da Administração Estadual paulista), que, em dezembro de 1976, reuniu os maiores especialistas em Direito Público e os mais consagrados urbanistas, os quais, após aprofundadas discussões, editaram um documento designado “Carta do Embu”. Esse documento foi publicado pela Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM e está transcrito no estudo sobre o solo criado feito pelo Prof. Eros Roberto Grau (atualmente Ministro do STF) em seu *Direito Urbano*, Ed. RT, 1983. Portanto, para construir a mais, é preciso pagar à prefeitura pelo solo criado, um valor previamente estipulado. No Estatuto da Cidade essa regra tem o nome de outorga onerosa do direito de construir.

³⁷¹ Esse princípio na vocação redistributiva do Direito ambiental se inspira na teoria econômica de que os custos extremos que acompanham o processo produtivo (o custo resultante dos danos ambientais) devem ser internalizados. (MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100).

³⁷² Quando aparece a figura do princípio do poluidor-pagador é porque o evento danoso ao meio ambiente já ocorreu. (SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; AUGUSTIN, Sérgio. **O princípio da precaução: interpretação e aplicação do direito ambiental**. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; AUGUSTIN, Sérgio (Org.) **Direito ambiental e bioética: legislação, educação e cidadania**. Caxias do Sul: Edusc, 2004, p. 15-26).

³⁷³ MONTEIRO, Magda. **Meio ambiente e responsabilidade civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 53.

³⁷⁴ Segundo Liz Roberto da Mata, “a aplicação da outorga onerosa do direito de construir pode ter uma finalidade meramente arrecadatória ou ser utilizada para uma melhor gestão urbana/ambiental.” (MATA, Luiz Roberto da. **O Estatuto da cidade à luz do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004).

³⁷⁵ As compensações ambientais são um instrumento econômico na defesa e proteção do meio ambiente a figura da compensação ambiental. Ela irá aparecer “em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades que provoquem perda de biodiversidade e de recursos naturais, tais como perda de vegetação nativa,

Por força do disposto no art. 31 do Estatuto da cidade, a outorga onerosa ganha uma feição de instrumento de planejamento urbano/ambiental, em função da destinação dos recursos para habitação popular, ordenamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos, criação de áreas verdes e proteção do patrimônio cultural.

A compensação ecológica consiste na substituição do bem lesado por um bem funcionalmente equivalente, de forma que o patrimônio natural permaneça, no seu todo, qualitativa e quantitativamente inalterado. Sua imposição mostra-se adequada nos casos em que não há viabilidade de restauração ecológica, seja ela total ou parcial, do bem lesado.³⁷⁶

Estabelecem-se dois postulados aos quais deverão vincular-se a compensação ecológica, quais sejam: a) que o dano ao meio ambiente seja efetivamente irreparável; b) e que as medidas compensatórias adotadas guardem relação com o bem ambiental afetado, “seja por se traduzirem em recomposição de outro bem ambiental semelhante ao degradado, ou seja, por servirem à prevenção de outros futuros danos correlatos”.³⁷⁷

Esses preceitos apenas reafirmam que há uma ordem de imposição da reparação do dano, devendo-se priorizar a restauração ecológica, e que o fim a que se destina o instituto, seja ele direto (substituição do bem) ou indireto (prevenção), deve ser alcançado.

Com muita acuidade Cristiane Denori³⁷⁸ anotou “o custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata recuperação do dano. O verdadeiro custo está numa atuação preventiva”.

perda de *habitat*, corredores ecológicos e ecossistemas de interesse para a flora e a fauna, com fundamento no Estudo de Impacto Ambiental”. (TREIN, Roseana Duarte; OLIVEIRA, Eliane Sólton Ribeiro de (Org.). **IBAMA – Manual de procedimentos para o licenciamento ambiental**. Brasília: Ibama, 2000).

A compensação ambiental acima referida é instituída pela Lei Federal 9.985/2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Snuc) e que, em seu art. 36, determina que “nos casos de licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental [...], o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral”. O parágrafo primeiro desse artigo determina que o montante de recursos investidos de acordo com esse critério não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para o empreendimento. O pagamento será destinado a Unidades de Conservação e tem o caráter de compensação ambiental.

A compensação ambiental pode parecer, ainda nos chamados Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), firmados pelos órgãos públicos com competência ambiental, com a interveniência do Ministério Público, nos termos do § 6º, do art. 5º, da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei 8.078/90:

Art. 5º. [...]

§ 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O TAC, poderá prever, ainda, independentemente da responsabilidade pelos danos causados, a compensação ambiental com investimentos em programas ambientais realizados pela atividade em questão. (COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (Org.). **O Direito Ambiental das Cidades**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 264-265).

³⁷⁶ SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: 1998, p. 187.

³⁷⁷ CRUZ, Ana Paula F. Nogueira da. A compensação ambiental diante de danos irreparáveis. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 6, n. 21, p. 279, jan./mar. 2001.

³⁷⁸ DENORI, Cristina. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 297.

O termo de ajustamento de conduta é um instrumento de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e tem sido um mecanismo prático na solução dos conflitos entre direitos fundamentais, ponderando propriedade e meio ambiente.

Percebe-se que o presente tema é bastante polêmico, sem ditames taxativos. Carece de novas e aprofundadas pesquisas, e de inovadores e ousados marcos teóricos que conciliarão os valores individuais, sociais e ambientais.

Todavia a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na íntegra de suas subdivisões permite ponderar os interesses em jogo, focar situações fáticas e principalmente concretizar os direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Nestas considerações finais, não são postas conclusões parciais de todo o estudo, evitando a repetição e os riscos da simplificação do tema abordado. Por esta razão, opta-se pela enunciação concisa da investigação como respostas às questões básicas formuladas na introdução.

Três foram às questões de pesquisa apresentadas: (a) o Município tem o dever de indenizar os proprietários de lotes localizados nas áreas de preservação permanente, às margens de rios urbanos, com vistas às limitações ao uso da propriedade?; (b) se o proprietário possui licença para construção, a limitação administrativa gera dever de indenizar? (c) se o empreendimento estiver consolidado, a limitação administrativa para reformar, ampliar e demolir gera indenização?

Após o estudo, e antes de apontar as possíveis soluções às questões postas, se pode considerar que:

1. No Brasil, muitos municípios fixaram limitações administrativas ao uso da propriedade para os imóveis localizados nas áreas de preservação permanente, às margens dos rios urbanos, visando tutelar o meio ambiente. Esta situação causou insatisfação dos proprietários que sentiram seu direito de propriedade esvaziado, gerando conflito entre dois direitos fundamentais: propriedade e meio ambiente.

2. A mera aplicação literal do texto constitucional não é suficiente para solucionar o conflito quando dois direitos fundamentais entram em colisão: a um porque estes ocupam o mesmo patamar constitucional; a dois porque inexistente regra constitucional de prevalência dos princípios para os casos *in concreto*.

3. Os operadores do direito não podem se omitir da análise do problema fático, devendo buscar a solução pela análise sistemática do ordenamento jurídico vigente, sem, contudo, ocasionar caos social ou inexecução prática.

4. As teorias já desenvolvidas podem ser aplicadas na busca da solução. Neste sentido Robert Alexy desenvolveu a teoria dos princípios, que a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, com suas sub-regras permite avaliar a necessidade, a adequação e ao final ponderar os princípios jurídicos do jogo de interesses para concretizar os direitos fundamentais.

Assim, da análise constitucional e principiológica apresentam-se como possíveis soluções às questões de pesquisa:

a) os proprietários de lotes localizados nas áreas de preservação permanente, às margens de rios urbanos, não têm seu direito de propriedade esvaziado pela fixação de limitações administrativas ao uso desta, considerando que a propriedade somente goza de proteção constitucional como direito fundamental quando cumpre sua função sócio-ambiental;

b) os proprietários de imóveis, com licença para construção legalmente concedida, que tenham iniciado a construção têm direito adquirido quanto à licença. O Município pode cancelar a licença concedida de forma irregular, mas deverá indenizar os danos causados a terceiros de boa fé;

c) se o empreendimento estiver consolidado, a limitação administrativa para reformar, ampliar e demolir gera indenização, considerando-se desapropriação indireta.

Todavia, o pagamento de indenizações a todos os proprietários de imóveis localizados nas áreas de preservação permanente, às margens dos rios urbanos, não se apresenta necessária, nem adequada e muito menos ponderável para o caso em tela. Primeiro porque os municípios não possuem condições econômicas de arcar com as indenizações sem comprometer a execução de políticas públicas indispensáveis, como saúde e educação. Segundo porque muitas áreas já perderam suas características de preservação permanente do meio ambiente, como é o caso do Calçadão no Município de Chapecó, antigo Lageado Passo dos Índios.

A regularização das situações é possível pela aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo como instrumento a elaboração do termo de ajustamento de conduta, que tem a prerrogativa de analisar as circunstâncias fáticas e peculiares de cada Município, estabelecendo o instituto da outorga onerosa, com base no princípio do poluidor-pagador, para possibilitar investimentos na preservação das áreas que ainda podem ser conservadas e restauradas.

Convém anotar que a conservação e gerenciamento do meio ambiente devem ser compartilhados entre Poder Público e sociedade já que, como fonte de recursos para o desenvolvimento da humanidade, é por suposto uma das expressões máximas do “bem comum”.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVAREZ, Lautaro Rio. **El urbanismo y los principios fundamentales del derecho urbanístico**. MAP.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Jurisprudência ambiental brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

_____. **Direito ambiental**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n. 37, set. p. 66, 1992.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

_____. **Política**. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997, L. I, Cap. I, 125a.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARRELA, Walter et al. As relações entre as matas ciliares, os rios e os peixes. In: RODRIGUES, Ricardo Ribeiro; LEITÃO FILHO, Hermógenes de Freitas (Ed.). **Matas ciliares: conservação e recuperação**. São Paulo: Universidade de São Paulo – Fapesp, 2000.

BARROS, Octávio de. **Responsabilidade Pública**. São Paulo, 1956.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 81, vol. 675, p. 109-129, out./dez. 1992.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 23, ano 6, p. 65-78, abr./jun. 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENEVOLO, Leonardo. **História da cidade**. 3. ed. Trad. Silvia Mazza. São Paulo: Perspectiva, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Dano ambiental: preservação, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico: desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BERNARD, J. Nebel. Environmental science. **The way the works**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1990.

BITOUN, Jan. **Impactos socioambientais e desigualdade social: vivências diferenciadas frente à mediocridade das condições de infra-estrutura da cidade brasileira: o exemplo de Recife**. In: MENDONÇA, Francisco (Org.). **Impactos socioambientais urbanos**. Curitiba: UFPR, 2004.

BOFF, Leonardo. **Grito da terra, grito dos pobres**. São Paulo: Ática, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTR, 1999.

BOUTROX, Émile. **Aristóteles**. São Paulo: Record, 2000.

BRAGA, Bernardes Rodrigo. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 35, ano 9, p. 83-95, jul./set. 2004.

BUTZKE, Alindo. Os fundamentos ecológicos das questões ambientais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Trabalho e Ambiente**. Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 111-123, jan./jun. 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Publicações Europa-América, 1977.

_____. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, s/d.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **Organização da cidade: planejamento municipal, plano diretor e urbanificação**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CARONI, Edson; VIANA, Josimar de Lima; XIMENES, Theodora. **Efeito retroativo X direito adquirido: legislação e empreendimentos imobiliários. Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Arlindo Philippi Jr., Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CAVEDON, Fernanda de S.; DIEHL, Francelise P. O processo de urbanização uso do solo e sua influência no uso da zona costeira: a visão da Câmara de Vereadores do Município de Bombinhas (SC). **VII Congresso Latino-americano sobre ciências do mar. Resumos Expandidos**. Santos: IOUSP, Associação Latino-Americana de Investigadores em Ciências do Mar, 1997, v. 1.

CERVI, Jacson José. **O dano ambiental indenizável e o dever de reparação do Estado**. Dissertação (Mestrado), Caxias do Sul: UCS, 2003.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 2.

CLEMES, Sérgio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na Lei Brasileira. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis, Paralelo 27, 1996.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **O outro lado do meio ambiente**. São Paulo: CETESB, 1985.

COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (Org.). **O Direito Ambiental das Cidades**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970, v. III.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990. v. 3.

CRUZ, Ana Paula F. Nogueira da. A compensação ambiental diante de danos irreparáveis. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 6, n. 21, p. 153-189, jan./mar. 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Novos pólos administrativos afetando a federação brasileira. As tendências atuais do direito público. Estudos em homenagem ao professor Afonso Arinos**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

DALL'IGNA, Justina Inês. **A função social da propriedade urbana e suas implicações sócio-jurídicas**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Caxias do Sul – UCS, Caxias do Sul, 2004.

DEÁK, Deák; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

DELFANTE, Charles. **A grande história da cidade: da Mesopotâmia aos Estados Unidos**. Trad. Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. (Série O Homem e a cidade).

DELGADO, José Augusto. **Direito Ambiental e competência municipal**. Cidadania e Justiça, v. 4, n. 9, p. 32-51, 2 sem. 2000.

DENORI, Cristina. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

DIAS, Daniella S. **Desenvolvimento urbano**. Curitiba: Juruá, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DOMINGUES, Karina A. da Cruz; DOMINGUES, Manoel José. Aspectos legais da desapropriação ao longo de reservatórios artificiais. **Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental**, São Paulo: IMESP, 1997.

DUEZ, Paul. **La Responsabilité de la Puissance Publique**. 1927.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho – publico y privado**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aires: Heliasta, s/d.

EI 288.75-5/0-02 – 2ª Câmara de Direito Público – TJSP – j. 16.03.2004 – rel. Des. Paulo Shintate. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 288-291, jan./mar. 2005.

Environnement dans la Constitution espagnole et dans la doctrine du Tribunal Constitutionnel”. In: **Revue Juridique de l’Environnement** 3/197-95, de 1984.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **União, estados e municípios na nova constituição: enfoque jurídico-formal**. São Paulo: Fundação Faria Lima/Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

_____. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1990.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 7-15.

_____. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Minas Gerais: Del Rey, 1994.

_____. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 9, n. 35, p. 39-55, jul./set. 2004.

FINK, Daniel Roberto; MACEDO, André Camargo Horta de. **Roteiro para licenciamento ambiental e outras considerações**: aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FINK, Daniel Roberto; PEREIRA, Márcio Silva. Vegetação de preservação permanente e meio ambiente urbano. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 1, n. 2, p. 77-90, abr./jun. 1996.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; ABELHA, Marcelo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FORTES, José Alexandre Monteiro; PEREIRA, Dilma Seli Pena. Aspectos da Política Nacional de Saneamento. In: PHILIPPI Jr., Arlindo et al. **Municípios e meio ambiente**: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999.

FRANCO, José Gustavo de Oliveira. **Direito ambiental matas ciliares**: conteúdo jurídico e biodiversidade. Curitiba: Juruá, 2006.

FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

FREITAS, Wladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. Matas ciliares. In: FREITAS, Wladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GABBA, N. **Teoria della retroattività della leggi**. 3. ed. Roma, 1891, I.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Sebastião Valdir. **Direito ambiental brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GRAZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas**. São Paulo: Atlas, 2001.

GUERRA, Isabella Franco. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUERRA, Sérgio. A competência dos entes federados em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano. 2, n. 6, p. 120-127, abr./jun. 1997.

HAVOVEL, Jean Louis. **História do urbanismo**. Tradução Ivone Salgado. Campinas: Papirus, 1990.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, n. 87, p. 5-22, jul./set. 1985.

_____. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Cretella Júnior e Cretella Agnes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JOSSERAND. **Évolutions et actualités**. Paris: Siirey, 1936.

JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha de Souza. **Responsabilidade Civil do Estado por danos ambientais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KISS, Alexandre Charles. **Patrimoine commun de l'humanité. Recueil des cours**. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1982 – tome 175 de la collection. Paris: Martinus Hijhoff, 1982.

KRINGS, Ana Luiza Silva Spínola. Aplicação prática do conceito de função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na Bacia Hidrográfica do Guarapiranga-SP. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 10, n. 39, p. 11-30, jul./set. 2005.

KROMAREK, Pascale. Droit communautaire. **L'écologie et la loi: lê statut juridique de l'environnement**. Paris: Editions L'Harmattan, 1989.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Termo de ajustamento de conduta e compensação ecológica. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Aspectos processuais do Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEMOES, Haroldo Mattos de. Aspectos da política nacional de meio ambiente. In: PHILIPPI Jr., Arlindo et al. (editores). **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999.

LEVI, Luca. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB, 2000. v. 1.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 26, n. 101, p. 87-104, jan./mar. 1989.

LORENZETTI, Ricardo. Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente. Congresso Internacional de Direito Ambiental – 5 anos após a ECO – 92 – **Anais**. São Paulo, 1997.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Urbanismo e poluição. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro, v. 469, p. 34-37, nov. 1974.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O Município e o Direito Ambiental. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 317, v. 88, p. 189-194, jan./mar. 1992.

MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **Comentários ao Código Florestal: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAGRI, Ronald Victor Romero; BORGES, Ana Lúcia Moreira. Vegetação de preservação permanente e área urbana: uma interpretação do parágrafo único do art. 2º, do Código Florestal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 1, n. 2, p. 71-76, abr./jun. 1996.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 4. ed. Goiânia: AB, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, F. **Manifesto comunista**. 5. ed. São Paulo: CHED, 1984.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, 1960.

MATA, Luiz Roberto da. **O Estatuto da cidade à luz do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 41, p. 93-110, jan./mar. 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando D. M. (coord.). **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – comentários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDONÇA, Francisco (Org.). **Impactos socioambientais urbanos**. Curitiba: UFPR, 2004.

MENEGAT, Rualdo; ALMEIDA, Gerson (Org.). **Desenvolvimento sustentável e gestão ambiental nas cidades: estratégias a partir de Porto Alegre**. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

MILARÉ, Edis. Tutela jurídico-civil do ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 1, p. 26-72, 1995.

_____. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito do ambiente: doutrina – prática – jurisprudência – glossário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MIRANDA, Sandra Julien (coord.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Rideel, 2001.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **As novas tendências do direito constitucional**. São Paulo: Nacional, 1933.

MONTEIRO, Magda. **Meio ambiente e responsabilidade civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Código Florestal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORE, Thomas. **A utopia**. Trad. Luís de Andrade. Bauru: Edipro, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

MUKAI, Toshio. **Administração Pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. **A administração pública em face da responsabilidade ambiental. Direito Ambiental: o desafio brasileiro e a nova dimensão global**. (Coord.) Maria Artemísia Arraes Hermans. Brasília: Brasília Jurídica: OAB, Conselho Federal, 2002.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos brasileiros**. São Paulo: LED, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Antonio Inagê Assis de. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999.

OLIVEIRA, Heli Alves de. **Da responsabilidade do Estado por danos ambientais**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PACCIFICI-MAZZONI, **Instituzioni di diritto civile**. 4. ed. Florença, 1903, I.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Transação no curso da ação civil pública. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, v. 16, p. 116-127, out./dez. 1995.

PALSULE, Sudhanshu S. O desenvolvimento sustentável e a cidade. In: MENEGAT, Rualdo; ALMEIDA, Gerson (Org.). **Desenvolvimento sustentável e gestão ambiental nas cidades: estratégias a partir de Porto Alegre**. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

PAVIANI, Jayme. O conceito de natureza e suas implicações no direito ambiental (primeira parte). In: PAVIANI, Jayme; SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. (Orgs.) **Homem, natureza, direito**. Notas de estudo sobre o Biodireito e Direito Ambiental. Caxias do Sul: Educs, 2005.

PEREIRA, Osny Duarte. **Direito Florestal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950.

PHILIPPI Jr., Arlindo et al. (editors). **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999.

PIRSON e VILLÉ. **Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle**. Bruxelles, E. Bruylant, 1935, t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. v. 2.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. **Função social da propriedade**. In: DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Orgs.) **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 222.

RECKZIEGEL, Janaína. **Introdução ao conceito de cidade**. In: PAVIANI, Jayme; SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. (Orgs.) **Homem, natureza, direito**. Notas de estudo sobre o Biodireito e Direito Ambiental. Caxias do Sul: Edcus, 2005.

Recuso Extraordinário n. 134.297-8 – SP – Rel. Min. Celso Mello v. u., j. 13.6.95, Lex 27.

Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, p. 194-200, out./dez, 1992.

Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Superior Tribunal Federal, Ministro Carlos Medeiros Silva, vol. 109, p. 269, jul./set. 1972.

RIBAS, Luiz Cesar. Contribuições técnicas à proteção de áreas de mananciais. **Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: IMESP, 1997.

RIBEIRO, João Alberto. **Campanha de valorização das reservas legais e matas ciliares: como usar sem destruir, as reservas legais e matas ciliares**. 2. ed. Rondônia, 2001.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965.

ROCCO, Rogério. **Legislação brasileira do meio ambiente**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

RODRIGUES, Ruben Tedeschi. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Campinas: Millennium, 2002.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo**. 3. ed. São Paulo: FAPESP, 2003. (Coleção cidade aberta).

ROSSI, Aldo. **A arquitetura da cidade**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lurdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores).

_____. **O contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Edson Darci Heldt. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALES JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro**. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Fabris, 1997.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1993.

_____. **Técnica, espaço, tempo**. São Paulo: Hucitec, 1994.

SANTOS, Saint'Clair Honorato. **Direito ambiental: unidades de conservação: limitações administrativas**. Curitiba: Juruá, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson. O tratamento constitucional do Plano Diretor como instrumento de Política Urbana. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico**. Del Rey, 1998.

SAVATIER, **Traité de la responsabilité civile em droit français**. 2. ed. LGDJ, 1951, v. 1.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade: promessa de inclusão social, justiça social**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural**. Coimbra: 1998.

SERRANO MORENO, José Luis. **Ecología y derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica**. Granada: Comares, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUDART. **Traité de la responsabilité civile**. 6. ed. t. 1, n. 1.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; AUGUSTIN Sérgio (Org.). **Direito ambiental e bioética**: legislação, educação e cidadania. Caxias do Sul: Edusc, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 239f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TREIN, Roseana Duarte; OLIVEIRA, Eliane Sólton Ribeiro de (Org.). **IBAMA – Manual de procedimentos para o licenciamento ambiental**. Brasília: Ibama, 2000.

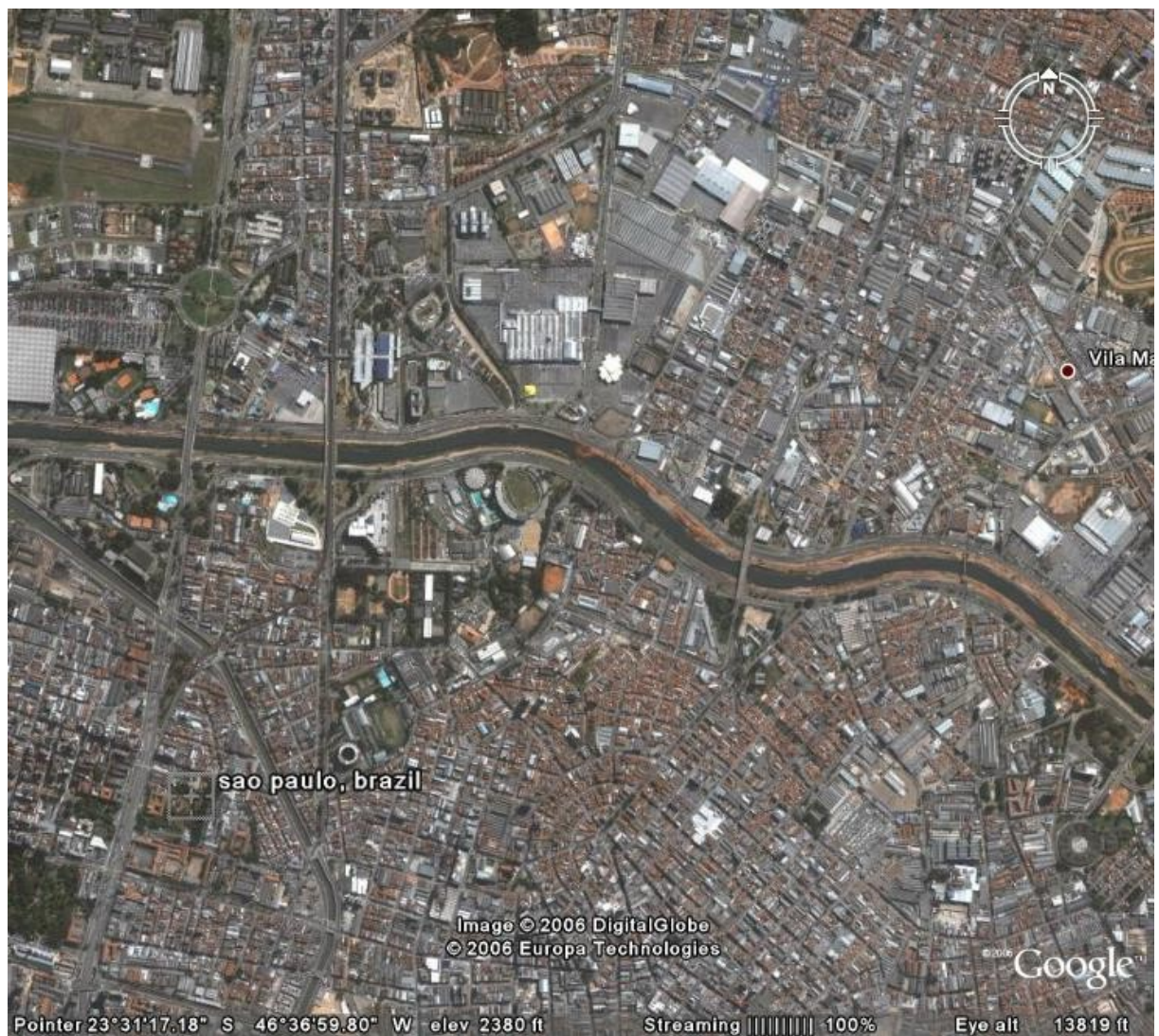
TURK, Jonathan; TURK, Amos. **Environmental science**. Philadelphia: Saunders College Publishing, 1988.

WILSON, Edward. **Biodiversity**. Washington: National Academy Press, 1988.

ANEXOS

ANEXO I

Vista aérea do município de São Paulo, no Estado de São Paulo Rio Tietê



Fotos da cidade de Blumenau no Estado de Santa Catarina
Rio Itajaí-Açu



Vista aérea do município de Águas de Chapecó, no Estado de Santa Catarina
Rio Chapecó



Vista aérea do município de Coronel Freitas, no Estado de Santa Catarina
Rio Taquaruçú



ANEXO II

Foto do Lajeado Passos dos Índios canalizado, no município de Chapecó, Estado de Santa Catarina e os empreendimentos imobiliários nas suas margens



ANEXO III

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, representado pelo Promotor de Justiça **MÁRCIO CNTI JUNIOR**; o **MUNICÍPIO DE CHAPECÓ**, representado pelo Prefeito Municipal **JOÃO RODRIGUES**; a **FUNDEMA – FUNDAÇÃO DE MEIO AMBIENTE DE CHAPECÓ**, representada pelo seu Diretor Presidente **JAIR BALBINOT**; a **SECRETARIA DE PESQUISA E PLANEJAMENTO DO MUNICÍPIO DE CHAPECÓ**, representada pelo Secretário Municipal **MÁRCIO ERNANI SANDER**; a **PROCURADORIA DO MUNICÍPIO DE CHAPECÓ**, representada por seu Procurador-Geral **ANTÔNIO MARCOS GAVAZZONI**; a **CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE CHAPECÓ**, representada pelo seu Presidente **ARESTIDES FIDELIS**; a **FATMA – FUNDAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE**, representada pelo Coordenador Regional **EUCLIDES BASSO**; a **A POLÍCIA MILITAR DE PROTEÇÃO AMBIENTE**, representada pela comandante do 8º Pelotão CAP. PM **LUCIMAR SAVARIS**; autorizados pelo § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 e artigo 89 da Lei Complementar Estadual nº 197/2000, e motivados pelas considerações que seguem; resolvem formalizar **TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONTAS**, com os compromissos a diante assumidos.

CONSIDERANDO o problema que vem sendo enfrentado na cidade de Chapecó, notadamente na área preenchida por loteamentos, em razão dos cursos d'água “costurarem” a cidade, praticamente implicando na proibição de construção em várias regiões desta urbe;

CONSIDERANDO que significativa extensão dos cursos d'água da cidade já se encontram canalizados, tanto na área central quanto na área periférica;

CONSIDERANDO o universo de construções já realizadas nas margens dos cursos d'água, inclusive descaracterizando o que a lei considera mata ciliar;

CONSIDERANDO que a importância de se preservar as matas ciliares está ligada a sua influência sobre uma série de fatores importantes, tais como: escoamento das águas da chuva; diminuição do pico dos períodos de cheia; estabilidade das margens e barrancos dos cursos d'água; ciclo de nutrientes existentes na água, entre outros;

CONSIDERANDO que a destruição das florestas em áreas de preservação permanente (matas ciliares) afetam diretamente a quantidade e qualidade da água e contribuem para o agravamento das consequências de enxurradas e enchentes;

CONSIDERANDO que a faixa de 30 (trinta) metros nas margens de muitos cursos d'água nesta cidade não mais mantém o aspecto de área de preservação permanente em grande parte do território do município;

CONSIDERANDO que somente após 1990 foi implementado o Plano Diretor Físico-Territorial de Chapecó, disciplinando regras sobre proteção de mata ciliar em área de loteamentos, obrigando reserva de área não-edificada de 30 metros de cada lado (art. 269, da Lei Complementar Municipal n. 04, de 31/05/1990);

CONSIDERANDO que a realidade fática das construções evidencia que a regra acima não foi obedecida ou fiscalizada sobre os loteamentos aprovados e consolidados;

CONSIDERANDO que egrégio **Pleno do Tribunal de Justiça Catarinense** julgou a Ação de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 04.018657-6 (em 17/08/2005), de Xanxerê, declarando leis municipais de proteção ambiental não podem contrariar regra federal (art. 24, inciso VI, §§1º, 2º e 4º c/c 30, inciso II, da Carta Magna), consolidando o seguinte entendimento sobre a aplicação do Código Florestal e Lei de Parcelamento de Solo:

Pois bem, em confronto os citados artigos das leis em referência, resta claro que o art. 2º, referido no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 4.771/65 – Código Florestal, e art. 4º, inciso 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).

CONSIDERANDO que muitas das construções executadas às margens dos cursos d'água existentes neste município já se encontram com a situação consolidada, seja porque foram edificadas antes das alterações do Código Florestal (Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965) que estabeleceram como de preservação permanente a área de 30 (trinta) metros para os cursos d'água com menos de 10 (dez) metros de largura (Lei n. 7.511, de 7 de julho de 1986, revogada pela Lei n. 7.803, de 18 de julho de 1989), seja porque foram feitas com base em lei ou outro ordenamento municipal;

CONSIDERANDO que em razão do estabelecido no atual PDDTC – Plano Diretor de Desenvolvimento Territorial de Chapecó, em conformidade com o Código Florestal, ficou a municipalidade proibida de emitir alvarás de construção quando não observadas as disposições fixadas pelas referidas normas, estando a população de Chapecó com dificuldades, inclusive, para proceder reformas em suas casas, mesmo aquelas com situação já consolidada, o que tem gerado grande revolta e insatisfação popular;

CONSIDERANDO que o relatório datado em **25/05/2006 registra que Chapecó tem: a) 16.374,91 m de comprimento de córregos canalizados; b) 48.826,46 m de comprimento de córregos abertos; c) 1.673 lotes em área *non aedificandi* de 30 metros consideradas canalizadas; d) 2.195 lotes em área *non aedificandi* de 30 metros consideradas abertas; e) 2.534 lotes em área *non aedificandi* dos 30 metros com construções e 920 lotes baldios, na mesma área, sem construção;**

CONSIDERANDO que a quantidade de lotes em faixa *non aedificandi* de 30 metros corresponde a **9,5%** do total de lotes cadastrados no sistema de geoprocessamento da Prefeitura Municipal;

CONSIDERANDO que o crescimento das cidades às margens dos rios é um fenômeno cultural, porque os primeiros colonizadores buscavam justamente essas áreas para se fixarem, o que se verifica em inúmeras cidades da nossa região (v.g. Xanxerê) e em outros locais, como Joaçaba;

CONSIDERANDO o alto número de Termos de Ocorrência e Inspeção emitidos pela Gerência de Fiscalização de Obras e Posturas da Secretaria de Planejamento e Urbanismo da Prefeitura de Chapecó em razão de construções e/ou edificações e/ou reformas no território do município que, efetivamente, estariam violando o atual Plano Diretor e o Código Florestal;

CONSIDERANDO que o Município de Chapecó dispõe de Plano Diretor devidamente aprovado (Lei Complementar nº 202, de 06/01/2004), disciplinando as seguintes regras afetas às construções em área de preservação:

Art. 250. Ao longo das águas correntes e dormentes, será obrigatória a arborização e a reserva de uma faixa *non aedificandi* com, no mínimo 30,00 metros (trinta metros) de cada lado, sem que caiba aos proprietários qualquer direito à indenização.

Art. 300. As áreas urbanas ao longo dos cursos d'água e que já se encontram transformadas pela ação do homem, parcialmente edificadas ou ocupadas, já parceladas ou passíveis de parcelamento do solo urbano, poderão, mediante solicitação do empreendedor, ser objeto de licenciamento urbano e ambiental com regras específicas, observando o que segue:

I – o entorno da área proposta pelo empreendedor, como passível de regras específicas, já ter sido modificado, estar plenamente ocupado ou estar encravado em área urbana consolidada, cujas características não contemple as peculiaridades que a gravaram como área de preservação permanente;

II – o órgão ambiental licenciador dispor de estudo sobre o ecossistema caracterizado como área de preservação permanente ou a microbacia onde está inserido o curso d'água, demonstrando a realidade do contexto, bem como indicar as medidas ambientais para recuperar ou garantir que o espaço especialmente protegido, que ainda for tecnicamente considerado merecedor de proteção, recupere as características que o identificaram como tal.

Art. 301. As áreas urbanas consolidadas, situadas ao longo de cursos d'água, que já estavam antropizadas à data da publicação da Lei Federal 7.803/89, quando ocupadas, parcialmente ocupadas e cujo solo já estiver sido objeto de parcelamento regularmente aprovado, observarão faixa de domínio de 5,00 metros, atendendo as seguintes exigências:

I – qualificação e a conservação ambiental;

II – plantio de espécies arbóreas e vegetais e recuperação das margens;

III – tratamento e destinação adequada dos resíduos sólidos e líquidos, sem que haja o comprometimento dos potenciais hídricos;

§ 1º. Entende-se por consolidados os parcelamentos do solo reconhecidos pelo Município e devidamente registrados no Registro de Imóveis, e/ou os imóveis edificadas sobre estes parcelamentos, com ou sem a aprovação do Município.

§ 2º. Os trechos dos cursos d'água já canalizados na sua totalidade, aterrados, sob edificações ou em outras condições irreversíveis, caracterizados através de laudos técnicos que demonstrem tal situação, não se enquadrarão nestas exigências.

Art. 302. Para os lotes consolidados, conforme descrito no artigo anterior, onde não houver edificação, a utilização da faixa “*non aedificandi*”, prevista na legislação atual, poderá ser utilizada mediante a aquisição da outorga onerosa de requalificação ambiental definida em lei específica, referente à área a ser edificada sobre a parcela da faixa de preservação, sem o prejuízo do atendimento dos incisos I, II e III do artigo 301, respeitando o limite de 5,00 metros.

Parágrafo único. Os lotes citados no “*caput*” poderão ainda utilizarem-se do instrumento da transferência do direito de construir, regulamentado neste PDDTC, referente ao potencial construtivo virtual do lote em questão, desde que sejam atendidos os incisos I e II do artigo 301 e as exigências do instrumento da transferência do direito de construir.

Art. 303. Para as edificações consolidadas, onde houve aprovação do Município, será exigido do proprietário do imóvel o atendimento dos incisos I, II e III do artigo 301, salvo nos casos onde a construção desenvolveu-se sobre o curso d'água e a qualificação ambiental e o reflorestamento e recuperação das margens não for possível, devendo atender, neste caso, o inciso III do mesmo artigo.

Art. 304. Para as edificações consolidadas, onde não houve aprovação do Município referente à edificação, será exigido do proprietário do imóvel, além do atendimento dos incisos I, II e III do artigo 301, a aquisição de outorga onerosa de requalificação ambiental definida em Lei específica, relativo à área construída sobre a referida faixa “*non aedificandi*” definida pela legislação atual.

Parágrafo único. Para os casos previstos no artigo anterior, onde não for possível o atendimento dos incisos I e II do artigo 301, devido à construção estar localizada sobre o curso d'água, o proprietário do imóvel deverá atender, além das exigências da outorga onerosa de requalificação ambiental definida em Lei específica, e do atendimento do inciso III do mesmo artigo, os incisos I e II em outro local, a ser definido pelo SPTGD.

Art. 305. O Município, no prazo de 2 (dois) anos da aprovação desta Lei Complementar, notificará os proprietários de imóveis em situações previstas nos artigos 302, 303 e 304 para a devida regularização, sem prejuízo de outras exigências legais necessárias.

CONSIDERANDO que a mata ciliar em Chapecó tem sido alvo de preocupação das entidades relacionadas ao meio ambiente, inclusive do próprio Ministério Público e da Municipalidade;

CONSIDERANDO que a interpretação meramente literal do atual Plano Diretor e do Código Florestal implicaria na demolição de boa parte das edificações situadas no centro e periferia da cidade de Chapecó, construídas a menos de 30 (trinta) metros das margens de cursos d'água, o que não se mostra sensato, nem tampouco moderado;

CONSIDERANDO que, com prudência, discernimento e responsabilidade, além de troca de idéias e informações com colegas mais experientes e diversos segmentos da sociedade, o Órgão do Ministério Público signatário procedeu à análise da questão sob o prisma dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aliado aos termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e em precedentes jurisprudenciais que permitem a aplicação da Lei do Parcelamento do Solo Urbano;

CONSIDERANDO que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade³⁷⁹ possuem estreita relação, tanto que alguns publicistas chegam a integrar a noção de um a do outro.³⁸⁰ Não há severas divergências doutrinárias quanto à acepção deles. Apenas, não raro, ocorre dos juristas enfatizarem especificamente algum aspecto;

CONSIDERANDO, fundamentalmente, que o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade exigem da Administração Pública congruência em sua atuação, ou seja, deve haver na atuação administrativa coerência entre o disposto na lei, sua finalidade, a concretização do ato, os meios utilizados para o alcance desta, e o efetivo atendimento dos interesses públicos;

CONSIDERANDO, destarte, que a Administração Pública deve agir com atenção às circunstâncias de fato atinentes à questão a ser resolvida e às determinações legais pertinentes ao caso, escolhendo os meios de resolução mais producentes e menos gravosos aos administrados, assim como aos bens coletivos que visa a resguardar, atentando na tomada de decisão administrativa, não somente aos dados técnicos implicados, mas, de igual modo, para os valores e interesses sociais envolvidos;

CONSIDERANDO que esses dois princípios não são mencionados expressamente na atual Constituição Federal, entretanto, encontram nítido respaldo, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO³⁸¹, nos arts. 5º, II e LXIX; 37 e 84, IV, do Texto Constitucional;

CONSIDERANDO que, em atenção ao princípio da razoabilidade, *“pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada”*;

CONSIDERANDO, quanto ao princípio da proporcionalidade, que “este princípio enuncia a

³⁷⁹ Sobre o tema, são profícuas as lições de: Luis Roberto BARROSO (1998, p. 65-78), Marçal JUSTEN FILHO (1998, p. 62-64), Lúcia Valle FIGUEIREDO (1995, p. 46) e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1991, p. 126-152).

³⁸⁰ Para Celso Antônio Bandeira de MELLO (1997, p. 68), o princípio da proporcionalidade é faceta do princípio da razoabilidade, aspecto específico deste. Para Odete MEDAUAR, citada por Daniel FERREIRA (1997, p. 35): “Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade.”

³⁸¹ (1997, p. 66-68).

idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência [sem grifo no original]; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam”;

CONSIDERANDO, ainda, a proveitosa lição da jurista DI PIETRO: “Na realidade, o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei mas diante do caso concreto (sem grifo no original). Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução [...]”;³⁸²

CONSIDERANDO que merece destaque a célebre frase de *JELLINEK*, que sintetiza com maestria a idéia de proporcionalidade, afirmando que “não se abatem pardais disparando canhões”;

CONSIDERANDO que o desenvolvimento urbano deve respeitar o meio ambiente, mas não pode chegar a ponto de inviabilizar o crescimento e a organização do município, notadamente no perímetro urbano, criando empecilhos para construção em locais que não mais mantém a característica de mata ciliar;

CONSIDERANDO que o desenvolvimento sustentável é a base para o desenrolar de qualquer atividade, sempre com respeito ao meio ambiente;

CONSIDERANDO que existe a possibilidade concreta de serem feitos projetos para tornar viável o investimento em áreas ainda não devastadas e passíveis de recuperação, elaborados por técnicos especializados na área ambiental;

CONSIDERANDO que a grande maioria das edificações da cidade situadas às margens dos cursos d’água não são de grande impacto ambiental, inclusive devendo passar, neste aspecto, por criteriosa análise pelos órgãos ambientais do Município de Chapecó;

CONSIDERANDO as diversas manifestações apresentadas ao MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL e à PREFEITURA MUNICIPAL, clamando por uma solução razoável e que satisfaça o anseio da Sociedade local, sem comprometer o meio ambiente, mas já destacando que o centro da cidade não mantém, em diversos locais, as características de área de preservação permanente;

CONSIDERANDO os termos da Resolução CONAMA n. 369 de 28/03/2006, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP e redução da faixa “*non-aedificandi*” de 30 (trinta) para 15 (quinze) metros;

³⁸² DI PIETRO, 1994, p. 72-73.

CONSIDERANDO que, segundo o artigo 182 da Constituição da República, a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público municipal, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

CONSIDERANDO que a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, veio estabelecer normas direcionadas a regulamentar o uso da propriedade urbana em prol da coletividade, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental (artigo 1º, parágrafo único) e que, entre as diretrizes eleitas pelo legislador para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, destacam-se:

- a) garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações,
- b) planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente,
- c) ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar, entre outros, a poluição e a degradação ambiental,
- d) adoção de padrões de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental,
- e) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico,
- f) regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (artigo 2º, incisos I, IV, VI, “g”, VIII, XII e XIV);

CONSIDERANDO que 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 (artigo 225, *caput*, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO que os preceitos relativos ao meio ambiente não estão adstritos ao artigo 225, supra referido, entendendo-se pelo texto constitucional, tal como a regra contida no artigo 170, estabelecendo que a ordem econômica brasileira, e também o desenvolvimento das atividades produtivas, deve, necessariamente, respeitar o meio ambiente;

CONSIDERANDO que o artigo 170, *caput*, da Carta Magna dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando, dentre outros, o seguinte princípio: “VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento

diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”;

CONSIDERANDO que antes mesmo da Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003, que alterou a redação do preceito acima apontado, a defesa do meio ambiente já era princípio geral da atividade econômica em nosso Estado;

CONSIDERANDO que este dispositivo revela a necessidade de o desenvolvimento econômico ser compatível com a proteção ambiental, de forma a mantê-lo ecologicamente equilibrado, gerando, assim, o desenvolvimento e o uso sustentável dos recursos naturais, neutralizando as mazelas decorrentes do crescimento econômico e do mercado de consumo, com a qualidade de vida e do meio ecológico em que o indivíduo se encontra inserido;

CONSIDERANDO que se torna evidente a estreita relação entre a economia e o meio ambiente, destacando-se, por conseguinte, o caráter econômico do direito ambiental;

CONSIDERANDO, assim, que o desenvolvimento econômico, fundado na sustentabilidade dos recursos naturais, tornou-se um tema de grande relevância para a atual conjuntura sócio-econômico;

CONSIDERANDO que os desafios ligados simultaneamente à proteção dos recursos naturais e à manutenção da qualidade de vida das populações estão associados à implementação de um modelo de desenvolvimento com condições mínimas de sustentabilidade;

CONSIDERANDO que José Afonso da Silva, ao tratar do tema em sua obra *Direito Constitucional Ambiental*, conceitua, inclusive o que seria o desenvolvimento sustentável, da seguinte forma:

São dois valores aparentemente em conflito que a Constituição de 1988 alberga e quer que se realizem no interesse do bem estar e da boa qualidade de vida dos brasileiros. Antes dela, a Lei 6938, de 31/08/1981 (arts. 1º e 4º), já havia enfrentado o tema, pondo corretamente, como o principal objetivo a ser conseguido pela Política Nacional do meio ambiente, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na promoção do chamado desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras³⁸³;

CONSIDERANDO, ademais, que o direito ao meio ambiente equilibrado, também condiciona a livre iniciativa, prevista no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, porque este fundamento do Estado Democrático de Direito somente será tutelado pelo ordenamento jurídico se estiver em conformidade com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;

CONSIDERANDO que coadunando com esse entendimento, Celso Antonio Paduco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, citando Canotilho e Vital Moreira, prelecionam:

³⁸³ SILVA, 1995, p. 7-8.

A defesa do meio ambiente pode justificar restrições a outros direitos constitucionalmente protegidos. Assim, por exemplo, a liberdade de construção, que muitas vezes se considera inerente ao direito de propriedade, é hoje configurada como liberdade de construção potencial, nas quais se incluem as normas de proteção ao meio ambiente³⁸⁴;

CONSIDERANDO que o próprio direito à igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, é prejudicado quando não se tem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, porquanto, só quem tem o poder econômico é que se permite o uso de um ambiente ecologicamente equilibrado com a sadia qualidade de vida;

CONSIDERANDO que, na esteira de tudo o que já foi dito, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (ECO 92) estabelece:

Princípio 1 - Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Tem direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

[...].

Princípio 3 - O direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras.

Princípio 4 - Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste;

CONSIDERANDO, também:

a) que a Constituição Federal de 1988 dispôs, ainda, que *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”* (art. 196);

b) que “poluição”, nos termos do art. 3º da Lei nº 6.938/81, *“é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetam desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”*.

CONSIDERANDO ser o MINISTÉRIO PÚBLICO, face o disposto no artigo 129, inciso III da Constituição Federal, o órgão público encarregado de promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública para a proteção do Meio Ambiente, do Consumidor e de outros interesses difusos e coletivos;

CONSIDERANDO que a prática descrita atinge concomitantemente direitos difusos da população, afetos às atribuições institucionais desta 9ª Promotoria de Justiça de Chapecó;

³⁸⁴ FIORILLO, p. 32-33, 1999.

CONSIDERANDO que em decorrência do preceptivo constitucional acima invocado, nos termos do artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, é o Ministério Público legitimado para a propositura de ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente, em face do descumprimento da legislação ambiental em vigor;

CONSIDERANDO, também, que o artigo 5º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), alinhando-se à simetria constitucionalmente estabelecida, da mesma forma legitima o Ministério Público a intentar a ação civil pública para defesa de interesses difusos e coletivos, dentre os quais inegavelmente inclui-se a defesa do meio ambiente, porquanto traduz um interesse de toda a coletividade em zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, com vistas a sua preservação para as presentes e futuras gerações;

CONSIDERANDO que o Direito Público Interno, através da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81), estabeleceu a responsabilidade objetiva ambiental ao causador do dano, tendo a Constituição Federal considerado imprescindível a obrigação de reparação dos danos causados ao meio ambiente;

CONSIDERANDO que os levantamentos desenvolvidos no território de Chapecó dão conta de que a região central e periférica da cidade sofreram intenso adensamento populacional e maciça intervenção do homem, notadamente em diversas áreas de proteção especial (APP), conforme demonstram os documentos anexos;

CONSIDERANDO que a mesma documentação permite concluir que, especialmente a região central de Chapecó apresenta significativa ocupação e alto adensamento populacional, o que torna inviável qualquer tentativa de restabelecimento das características naturais existentes dentro da cidade na época de criação da área de preservação permanente em 30 (trinta) metros;

CONSIDERANDO o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual dispõe que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum;

CONSIDERANDO que a medida de compensação pecuniária [outorga onerosa] adiante proposta, fundamenta-se no princípio de Direito Ambiental do poluidor-pagador³⁸⁵, visando a mais ampla recomposição do dano ambiental, não devendo ser confundida como permissão para degradar mediante o pagamento de um preço, nem como mera compensação pecuniária pelos prejuízos causados, mas sim ser vista como medida destinada a evitar que novos males sejam causados, por intermédio da redução do custo/atividade de proteção do meio ambiente para o Poder Público, aumentando sua eficiência e possibilitando a execução de novas ações preventivas;

CONSIDERANDO, afinal, as funções institucionais do MINISTÉRIO PÚBLICO, dentre as quais se destaca a legitimação ativa para a defesa dos interesses relacionados à preservação do meio ambiente, para lavrar com os interessados Termos de Ajustamento de Condutas; resolvem formalizar **TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE**

³⁸⁵ Assenta-se esse princípio na vocação redistributiva do Direito Ambiental e se inspira na teoria econômica de que os custos sociais extremos que acompanham o processo produtivo (v.g. o custo resultante dos danos ambientais) devem ser internalizados (MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100).

CONDUTAS com as cláusulas adiante dispostas.

CLÁUSULA 1ª - AS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELO MUNICÍPIO DE CHAPECÓ (PREFEITURA MUNICIPAL E SECRETARIAS MUNICIPAIS)
 DISPÕE REGRAS (OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER) REFERENTES AOS PEDIDOS DE ALVARÁS DE NOVAS CONSTRUÇÕES, E COMO PROCEDER SOBRE AS CONSTRUÇÕES E TERRENOS JÁ CONSOLIDADOS EM LOTEAMENTOS DA ÁREA URBANA DE CHAPECÓ.

- I. O Município de Chapecó assume a obrigação de obedecer à regra do art. 250 do Plano Diretor (Lei Complementar Municipal n. 202, de 06/01/2004), que exige que “ao longo das águas correntes e dormentes, será obrigatória a arborização e a reserva de uma faixa *non-aedificandi* com, no mínimo, 30,00 metros (trinta metros) de cada lado, sem que caiba aos proprietários qualquer direito à indenização”.
- II. Para fazer valer a regra do mencionado art. 250 (item 1), o Município incluirá no despacho de aprovação de parcelamento/construção a obrigação de arborização da área [com espécies nativas da região], pelo requerente/interessado, numa faixa de pelo menos 5 (cinco) metros do curso d’água, conferindo prazo para o cumprimento.
- III. O Município de Chapecó orientará o setor de aprovação de parcelamento de solo para que implemente as novas diretrizes do Plano Diretor, exigido dos projetos qualificação ambiental das áreas que margeiam os cursos d’água e áreas de preservação permanente, preferencialmente evitando que os lotes (áreas a construir) fiquem nas margens dos rios.
- IV. O Município de Chapecó obriga-se a não expedir qualquer autorização ou alvará de construção em lotes de parcelamentos não aprovados. Enfim, não é autorizada a construção em lotes não reconhecidos oficialmente (e legalmente) pelo Município.
- V. Para as áreas urbanas **consolidadas** (cujo conceito é definido no art. 301, §1º, do Plano Diretor³⁸⁶) até a vigência do Plano Diretor (06/01/2004), o Município de Chapecó aplicará regras de **outorga onerosa**, nos termos descritos em cláusula a seguir registrada, que será remetida como Projeto de Lei Complementar para discussão e aprovação do Legislativo Municipal.
- VI. Importante registrar que as regras de outorga onerosa estão fundadas em ampla deliberação do Conselho Municipal de Desenvolvimento Territorial, que se orientou pelas regras dos artigos 301 a 305 do Plano Diretor [tratando das edificações, parcelamentos e terrenos baldios consolidados em área de preservação permanente].
- VII. O Prefeito Municipal assume a obrigação de deliberar junto ao Conselho Municipal de Desenvolvimento Territorial e, uma vez aprovado no órgão, remeter projeto de lei à Câmara de Vereadores para revogação do §2º do art. 301 do Plano Diretor, entendendo a dificuldade técnica e jurídica do termo “*condições irreversíveis*”, constante no referido parágrafo, que dá azo a discussões e constrangimentos de toda ordem.

³⁸⁶ Entende-se por consolidados os parcelamentos do solo reconhecidos pelo Município e devidamente registrados no Registro de Imóveis, e/ou os imóveis edificados sobre estes parcelamentos, com ou sem a aprovação do Município.

CLÁUSULA 2ª - DA OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL

DISPÕE REGRAS (OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER) REFERENTES À APLICAÇÃO DA OUTORGA ONEROSA SOBRE SITUAÇÕES CONSOLIDADAS NA ÁREA URBANA DO MUNICÍPIO DE CHAPECÓ. TRATA-SE DE CÓPIA FIEL DA MINUTA APROVADA PELO CONSELHO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO TERRITORIAL DE CHAPECÓ, E SEREM ENCAMINHADAS COMO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR À CÂMARA DE VEREADORES. O MINISTÉRIO PÚBLICO [CURADORIA DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE DE CHAPECÓ] CONCORDA COM A APLICAÇÃO DESTES TERMOS DE OUTORGA ONEROSA.

As regras de OUTORGA ONEROSA serão apresentadas em formato de PROJETO DE LEI, todavia fazendo parte de obrigações assumidas neste Termo de Ajuste de Conduta.

LEI COMPLEMENTAR Nº xxx

“Institui as condições para a Outorga Onerosa de Requalificação Ambiental prevista nos artigos 302 a 304 da Lei Complementar nº 202, de 06 de Janeiro de 2004 (PDDTC) e dá outras providências”.

O Prefeito Municipal de Chapecó, Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições legais, faz saber que a Câmara de Vereadores aprovou e fica sancionada a seguinte Lei Complementar:

**Capítulo I
DA FINALIDADE E ABRANGÊNCIA**

Art 1º - Esta Lei, ressalva a competência do Estado e da União, estabelece condições para a utilização de faixas “*non aedificandi*” em áreas urbanas que já se encontram transformadas pela ação do homem, ocupadas ou parcialmente ocupadas e cujo solo já tiver sido objeto de parcelamento regularmente aprovado e registrado no Ofício de Registro de Imóveis à data da publicação da Lei Complementar nº 202/2004, onde poderão ser utilizadas e regularizadas mediante a aplicação da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, conforme previsão nos artigos 302 a 304 da mesma Lei Complementar e de acordo com os critérios e procedimentos definidos nesta Lei.

Art. 2º - As áreas passíveis de OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO URBANA serão as faixas “*non aedificandi*” existentes ao longo dos córregos localizados nas Unidades Ambientais de Requalificação Urbana – UARU, desde que consolidados, onde o direito de construir poderá ser exercido obedecidas condições fixadas na Lei Complementar nº 202, mediante contrapartida financeira, definida por esta Lei.

Parágrafo Único – Entende-se por consolidado o parcelamento de solo que tenha sido aprovado ou reconhecido pelo Município e registrado no Ofício de Registro de Imóveis em data anterior à publicação da Lei Complementar nº 202 de 06 de Janeiro de 2004 e/ou os imóveis edificados sobre estes parcelamentos, com ou sem a aprovação do Município.

Art. 3º - Também serão passíveis de regularização, nos termos desta Lei, os imóveis edificados irregularmente e/ou sem a aprovação do Município, em data posterior à Lei Complementar nº 202/2004 até a data da assinatura do Termo de Compromisso e Ajustamento

de Conduta, firmado entre o Ministério Público e Município de Chapecó, que estiverem localizados sobre estas faixas “*non aedificandi*”, desde que obedecidas às condições prevista no “caput” do artigo 2º, no que se refere ao parcelamento, aprovação e registro do solo.

Capítulo II

DAS CONDIÇÕES PARA A APLICAÇÃO DA OUTORGA

Art. 4º - Nos lotes consolidados, onde não houver edificação, a faixa “*non aedificandi*”, até o limite de 15,00 metros, poderá ser utilizada mediante a aquisição de OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, referente à área a ser edificada sobre a faixa de preservação e, devendo ainda atender no perímetro do lote lindeiro ao curso d’água:

- I. A qualificação e a conservação ambiental do curso d’água;
- II. O plantio de espécie arbórea e vegetais e recuperação de margens;
- III. O tratamento e destinação adequada dos resíduos sólidos e líquidos, sem que haja o comprometimento dos potenciais hídricos.

Art. 5º - Nas edificações consolidadas onde não houve a aprovação do Município, a mesma poderá ser regularizada mediante a aquisição de OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, referente à área edificada sobre a faixa de preservação e, devendo ainda atender no perímetro do lote lindeiro ao curso d’água:

- I. A qualificação e a conservação ambiental do curso d’água;
- II. O plantio de espécie arbórea e vegetais e recuperação de margens;
- III. O tratamento e destinação adequada dos resíduos sólidos e líquidos, sem que haja o comprometimento dos potenciais hídricos.

Art. 6º - Para os caso onde não houve a aprovação do Município e a construção desenvolveu-se sobre o curso d’água, a regularização dar-se-á mediante a aquisição da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, referente à área edificada sobre a faixa de preservação e sobre o leito do córrego, devendo ainda atender no perímetro do lote lindeiro ao curso d’água:

- I. A qualificação e a conservação ambiental do curso d’água;
- II. Plantio de espécie arbórea e vegetais e recuperação de margens;
- III. Tratamento e destinação adequada dos resíduos sólidos e líquidos, sem que haja o comprometimento dos potenciais hídricos.

Parágrafo Único – Para os casos previstos no artigo anterior, onde não for possível o atendimento dos incisos I e II, devido à construção estar localizada sobre o curso d’água, o proprietário do imóvel deverá atender, além das exigências da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, referente à área construída da edificação, o atendimento do inciso III deste artigo, no local da edificação e o atendimento dos incisos I e II em outro local, a ser definido pelo Sistema de Planejamento Territorial e Gestão Democrática – SPTGD, da Secretaria de Pesquisa e Planejamento.

Art. 7º - Nas edificações consolidadas, onde houve aprovação do Município, o proprietário do imóvel deverá atender:

- I. A qualificação e a conservação ambiental do curso d’água;
- II. Plantio de espécie arbórea e vegetais e recuperação de margens;

III. Tratamento e destinação adequada dos resíduos sólidos e líquidos, sem que haja o comprometimento dos potenciais hídricos.

Parágrafo Único – Para os casos previstos no “caput” deste artigo, onde a construção desenvolveu-se sobre o curso d’água e a qualificação ambiental e o reflorestamento e recuperação das margens não for possível, deverá atender, neste caso, o tratamento e destinação adequada dos resíduos sólidos e líquidos, sem que haja o comprometimento dos potenciais hídricos.

Art. 8º - A OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL sempre estará vinculada à edificação existente sobre o lote e/ou sobre a futura edificação, respeitadas as suas características construtivas, incidente sobre a área real utilizável da edificação, da projeção da edificação que estiver sobre a faixa “*non aedificandi*”.

Art. 9º - No caso de edificações existentes e aprovadas pelo Município, futuras ampliações ou alteração de atividade, incidirá sobre a ampliação e a nova atividade OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, conforme previstos nesta Lei Complementar.

Parágrafo Único – Tratando-se de edificações de madeira devidamente aprovada pelo Município, no caso de substituição da mesma, não incidirá a OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, sobre a área devidamente aprovada, independente das novas características que a mesma tiver, exceto para os casos de substituição de atividade, onde incidirá nova Outorga, conforme previsto no artigo 16 desta Lei Complementar.

Art. 10 – Para os lotes consolidados e para os lotes com edificações existentes, a faixa “*non aedificandi*” passará a ser de 15,00 (quinze) metros, contados da margem do córrego [para cada lado], incidindo sobre os demais 15,00 (quinze) metros a OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL.

Art. 11 – Não será permitida a edificação e ampliações de edificações já existentes e aprovadas pelo Município, sobre a faixa “*non aedificandi*” de 15,00 (quinze) metros, bem como sobre o leito do córrego, mesmo que este esteja canalizado ou fechado atualmente.

Parágrafo Único - Excetua-se do previsto no artigo anterior, os casos previstos no § 2º do artigo 301 da Lei Complementar nº 202/2004, após a análise a aprovação do laudo técnico que demonstre a situação irreversível do trecho canalizado, incidindo, no entanto, para esses casos, a OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL.

Art. 12 – Para o cálculo da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL e/ou da Transferência do Direito de Construir, dos lotes localizados nas Unidades Ambientais de Requalificação Urbana – UARU, serão utilizados os parâmetros urbanísticos da unidade territorial adjacente.

Art. 13 – Nos lotes consolidados onde não houve a construção de edificações, o proprietário do imóvel poderá utilizar-se do instrumento da Transferência do Direito de Construir, referente ao potencial construtivo básico da totalidade da área do lote em questão, atendida as exigências do Instrumento da Transferência do Direito de Construir.

§ 1º – Nos lotes onde já existe uma edificação, somente será permitida a Transferência do Direito de Construir, para a parcela do lote não edificado, ou sobre a totalidade do imóvel,

respeitada a legislação de regulamentação do Instrumento da Transferência.

§ 2º - Somente será permitida a aplicação do instrumento da Transferência do Direito de Construir, quando o lote e/ou edificação for de interesse do Município, para a implantação de projetos que visem a requalificação do local e ou a implantação de equipamentos públicos para o uso coletivo da população e que o lote seja transferido ao Município no ato da aplicação do instrumento.

Art. 14 – Quando para a aplicação da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, for utilizado o instrumento da Transferência do Direito de Construir, deverá ser observado a legislação que regulamenta o instrumento, sendo o total da área a ser transferida, acrescida de 10% (dez por cento), respeitados os índices urbanísticos previstos para a unidade territorial em que for aplicado o direito da transferência.

Art. 15 – A certidão emitida pelo Município, relativo ao quantitativo de área a ser transferida, decorrente da aplicação do instrumento da Transferência do Direito de Construir, poderá ser transferido à terceiros, desde que comunicado e averbado pelo Município, de acordo com a Legislação pertinente.

Art. 16 – Quando da alteração da atividade licenciada, por ocasião da aplicação da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, ao proprietário do imóvel incidirá nova OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, cujo valor será a diferença entre as atividades, em função da aplicação do Fator de Correção Estratégico (Fce), constante no cálculo da Outorga, conforme artigo 21 desta Lei Complementar.

Parágrafo Único – No caso de o novo valor ser inferior ao valor estipulado na incidência da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, não caberá a devolução destes ao proprietário do imóvel.

Art. 17 – Constatada a alteração das características da edificação, a ampliação da área construída ou o não cumprimento da destinação que motivou a utilização do Fator de Correção Estratégico (Fce), no ato da incidência da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, o Município procederá à cobrança da nova Outorga de acordo com os padrões construídos e atividades desenvolvidas no imóvel.

Capítulo III

DA SOLICITAÇÃO E DO RECOLHIMENTO DO VALOR DA OUTORGA

Art. 18 - O interessado na utilização da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL deverá protocolar requerimento endereçado à Secretaria de Pesquisa e Planejamento, no qual constarão os seguintes requisitos:

- I. Localização do imóvel com as dimensões constantes no título de propriedade
- II. Projeto arquitetônico definindo a área de construção a ser construída sobre a faixa “*non aedificandi*”;
- III. Planilha contendo as áreas totais da edificação, identificando as áreas passíveis de aplicação da Outorga.
- IV. Levantamento topográfico cadastral do imóvel, constando o curso d’água, área de vegetação, construções sobre o lote, as delimitações do lote, inclusive registrando as faixas de 15 (quinze) e 30 (trinta) metros a contar das margens do curso d’água.

Art. 19 - A contrapartida financeira prevista no artigo 3º desta Lei Complementar, necessariamente deverá ser “*em espécie*” em moeda nacional, não cabendo a devolução da mesma, no caso de cancelamento do projeto por parte do beneficiário.

§ 1º - O valor da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL poderá ser parcelado em até 6 (seis) parcelas mensais de igual valor, incidindo sobre as mesmas a legislação municipal vigente no que se refere a reajustes, juros e multas.

§ 2º - O Valor da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL deverá ser recolhido aos cofres públicos, no ato da aprovação do projeto arquitetônico e/ou no ato da emissão do alvará de construção, prevalecendo o solicitado no protocolo de encaminhamento para análise do projeto arquitetônico.

Art. 20 - Os recursos financeiros auferidos com a contrapartida da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL serão depositados na conta do Fundo Municipal de Desenvolvimento Territorial, devendo ser aplicado tão-somente para os fins previstos no art. 154 do Plano Diretor – PDDTC (Lei Complementar n. 2002, de 06/01/2004)³⁸⁷.

Capítulo IV **DO VALOR DA OUTORGA E TRANSFERÊNCIA**

Art. 21 - A contrapartida financeira, que corresponde à OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL, será calculada segundo a seguinte equação:

$$\text{VORA} = 0,1 \text{Vv m}^2 \times \text{Fct} \times \text{Fce} \times \text{Fcl} \times \text{Aeo}$$

Onde:

VORA = Valor da Outorga Onerosa de Requalificação Ambiental;

Vv = Valor venal do imóvel, definido por m², sendo este, o valor venal para as edificações, calculados para fins de tributos municipais;

Fct = Fator de Correção Territorial, variando entre 0,8 e 1,4;

Fce = Fator de Correção Estratégico, variando entre 0,6 e 1,0;

Fcl = Fator de Correção para a localização da edificação em relação ao córrego, variando entre 1,0 e 1,5;

Aeo = Área da edificação que incidirá a Outorga Onerosa de Requalificação Ambiental.

§ 1º - O valor venal do imóvel (**Vv**), corresponde ao valor utilizado pelo Município para o cálculo do valor venal das edificações para fins de tributação do IPTU.

§ 2º - O Fator de Correção Territorial (**Fct**) é estipulado em função da capacidade do sistema de circulação, da infra-estrutura disponível e das políticas de desenvolvimento urbano

³⁸⁷ Art. 154. Os recursos auferidos com a venda dos estoques da outorga onerosa do direito de construir serão aplicados para as seguintes finalidades:

I – regularização fundiária;

II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

III – constituição de reserva fundiária;

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos públicos urbanos e comunitários;

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

VII – criação de áreas de conservação ou proteção ambiental;

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural e paisagístico.

territorial, sendo:

- a) Na Macroárea Urbana Central – **MUC** = 1,0;
- b) Na Unidade Funcional de Descentralização do Desenvolvimento Nível 2 - **UFDD2** = 0,8;
- c) Na Unidade Funcional de Descentralização do Desenvolvimento Nível 1 - **UFDD1** = 0,8;
- d) Na Unidade Funcional de Descentralização do Desenvolvimento da bacia - **UFDDB** = 1,0;
- e) Na Unidade Ambiental de Moradia - **UAM** = 1,0;
- f) Nas Áreas Especiais de Interesse Ambiental – **AEIA** = 1,4;
- g) Na Unidade de Conservação Ambiental e Moradia – **UCAM** = 1,4;
- h) Na Unidade Funcional de Requalificação Territorial – **UFRT** = 1,2.

§ 3º - O Fator de Correção Estratégico (**Fce**) é estipulado em função do adensamento populacional, do tipo e diversidade das atividades desenvolvidas nas unidades territoriais, sendo:

- a) Edificações exclusivamente residencial (unifamiliar ou multifamiliar) = 0,6;
- b) Edificações para atividades comerciais, serviço, residencial com comércio ou serviço = 0,8;
- c) Edificações destinadas a outras = 1,0.

§ 4º - O Fator de Correção para a localização da edificação em relação ao córrego (**Fcl**) é estipulado em função da localização da edificação sobre o lote, sendo:

- a) Respeitando a faixa “*non aedificandi*” de 5,00 metros = 1,00;
- b) Sobre a faixa “*non aedificandi*” de 5,00 metros ou quando sobre o córrego = 1,50.

§ 5º - A área da edificação que incidirá a Outorga Onerosa de Requalificação Ambiental (**Aeo**), corresponde a área real utilizável da edificação a qual incidirá a Outorga Onerosa de Requalificação Ambiental.

Capítulo IV DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22 – Contados 3 (três) anos da aprovação da Lei Complementar nº 202/2004, o Município de Chapecó notificará os proprietários de imóveis em situações previstas nos artigos 4º, 5º, 6º e 7º desta Lei Complementar, para a ciência da legislação e/ou para a regularização do imóvel edificado, sem prejuízo de outras exigências legais necessárias.

§ 1º - Para os imóveis onde não houve a edificação, conforme artigo 4º, será dada ciência da legislação para o caso de utilização futura do lote e que proceda a REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL ao longo do curso d’água existente no lote.

§ 2º - Para os imóveis edificados, onde não houve a aprovação do Município, o proprietário será notificado para que proceda a devida regularização do imóvel, com o recolhimento da OUTORGA ONEROSA DE REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL e que proceda a requalificação do curso d’água, conforme previsto nos artigos 5º e 6º desta Lei Complementar.

§ 3º - Para os imóveis edificados com a aprovação do Município, o proprietário será notificado para que apresente planilha de área da edificação e o respectivo *HABITE-SE* da edificação e que proceda com a REQUALIFICAÇÃO AMBIENTAL conforme estabelecido no artigo 7º desta Lei Complementar.

§ 4º - Entende-se por aprovada pelo Município, a edificação que possuir o respectivo alvará de Projeto Arquitetônico e/ou alvará de construção da edificação.

Art. 23 - Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 24 - Ficam revogadas as disposições em contrário.

CLÁUSULA 3ª – O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – MPSC COMPROMETE-SE A:
--

- I. Propiciar subsídios técnico-jurídicos aos órgãos signatários, para a consecução dos objetivos delineados.
- II. Participar, com os demais órgãos signatários, de cursos, seminários e reuniões públicas, expondo a importância da preservação da mata ciliar, bem como da consonância entre as atividades desenvolvidas e as normas legais vigentes, para garantia de manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o bem-estar de todos.
- III. Não adotar qualquer medida judicial, de cunho civil, contra os órgãos e entidades, pessoas físicas ou jurídicas, que assinam o presente Termo, no que diz respeito aos itens acordados, caso o ajustamento de condutas seja cumprido.
- IV. Fiscalizar o cumprimento deste acordo, tomando as providências legais cabíveis, sempre que necessário, podendo requisitar a fiscalização aos órgãos competentes.

CLÁUSULA 4ª - A CÂMARA DE VEREADORES DE CHAPECÓ COMPROMETE-SE A:

- I. Respeitadas as respectivas áreas de atuação legal, agir ou apoiar as ações dos demais órgãos estaduais e municipais.
- II. Divulgar o presente Termo de Ajustamento de Conduta perante seus órgãos e agentes.
- III. Participar, com os demais órgãos signatários, do esclarecimento, educação e capacitação de agentes das atividades realizadas pelo município, através de visitas, cursos, seminários e reuniões, para tratar sobre a importância da proteção das áreas de preservação permanente, a legislação vigente e a importância de se manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para o bem-estar de todos.
- IV. Compromete-se a proceder às diretrizes e estratégias do plano diretor com base nos termos aqui estabelecidos, obedecendo, em qualquer caso, o limite mínimo para construção de 15 metros das margens dos rios, no perímetro urbano.

CLÁUSULA 5ª - EXECUÇÃO E MULTA PARA O NÃO-CUMPRIMENTO DESTES TERMO

- I. A não execução do compromisso previsto nas cláusulas anteriores, pelo Município de Chapecó, por parte de qualquer de seus órgãos, facultará ao Ministério Público Estadual, decorridos os prazos previstos, iniciar a imediata execução judicial do presente Termo.

- II. Caso o Município compromissário, conjunta ou separadamente, não cumpra quaisquer das cláusulas ajustadas, incorrerá na cominação de multa mensal no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), a ser recolhida ao Fundo para Reconstituição de Bens Lesados de Santa Catarina, a ser suportada pela autoridade administrativa que cometer a falta.

CLÁUSULA 6ª - POSSIBILIDADE DE AJUSTE DE CLÁUSULAS E CONSIDERAÇÕES FINAIS
--

- I. As partes poderão rever o presente ajuste, mediante termo aditivo, o qual poderá incluir ou excluir medidas que tenham por objetivo o seu aperfeiçoamento e/ou se mostrem tecnicamente necessárias;
- II. Este título executivo não inibe ou restringe, de forma alguma, as ações de controle, monitoramento e fiscalização de qualquer órgão público, nem limita ou impede o exercício, por ele, de suas atribuições e prerrogativas legais e regulamentares.

Assim, por acharem justo e acertado, firmam o presente termo, em 3 (três) vias, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Chapecó, 29 de maio de 2006

MÁRCIO CONTI JUNIOR

Promotor de Justiça
Curadoria de Defesa do Meio Ambiente

JOÃO RODRIGUES

Prefeito Municipal de Chapecó

ARESTIDES FIDELIS

Presidente Câmara de Vereadores
de Chapecó

MÁRCIO ERNANI SANDER

Secretaria Municipal de Pesquisa e
Planejamento de Chapecó

ANTÔNIO MARCOS GAVAZZONI

Procurador-Geral do Município
de Chapecó

JAIR BALBINOT

Fundação Municipal do Meio Ambiente de
Chapecó - FUNDEMA

EUCLIDES BASSO

Coordenador Regional da FATMA –
Chapecó

LUCIMAR SAVARIS

Comandante do 8º Pelotão da Polícia Militar
de Proteção Ambiental – Chapecó