

OCUPAÇÃO DE APP URBANA – ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA EFETIVA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

Jaqueline Francieli Konflanz¹

Resumo

A problemática da presente pesquisa se resume na “Ocupação de APP urbana - análise crítica acerca da efetiva degradação ambiental”. Diante disso, o objetivo é analisar a efetiva degradação ambiental da ocupação de áreas especialmente protegidas quando realizadas para possibilitar o processo de urbanização, olvidando das normativas ambientais existentes nos últimos anos. Embora tal situação demonstre desrespeito às normas protetivas ambientais, outros direitos também tomam maior enfoque, qual seja, o direito à moradia e à propriedade. Para regularizar a situação é imperiosa a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, contudo, a proteção ambiental é considerado um direito coletivo, ou seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito das presentes e futuras gerações. Assim, o direito à moradia e da propriedade pode parecer inferior, diante da sua característica individual. Destarte, por meio de pesquisa bibliográfica, pretende-se abordar a referida problemática no intento de encontrar a melhor solução ao caso, utilizando-se dos mecanismos previstos no direito urbanístico.

Palavras-chave: Área de preservação permanente urbana. Regularização fundiária. Urbanização. Dano ambiental.

Abstract:

The problem of this research is summarized in the "Occupation of urban APP - critical analysis of effective environmental degradation." Therefore, the objective is to analyze the environmental degradation of the effective occupation of specially protected area when held to facilitate the process of urbanization, forgetting the existing environmental regulatory areas in recent years. Although such a situation shows disrespect to protective environmental standards, other rights also take greater focus, namely, the right to housing and property. To

¹Assistente de Promotoria de Justiça no Ministério Público de Santa Catarina. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus Aproximado de Pinhalzinho, SC. Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus Aproximado de Pinhalzinho, SC.

rectify the situation is imperative to use the principles of reasonableness and proportionality, however, environmental protection is considered a collective right, in other words, ecologically balanced environment is right for present and future generations. So, the right to housing and property may seem less, before their individual characteristic. Then, by means of literature, is intended to address such issues in an attempt to find the best solution to the case, using the mechanisms provided in urban law.

Key-words: Urban area of permanent preservation. Land regularization. Urbanization. Environmental damage.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo verificar a possibilidade de utilização de áreas especialmente protegidas (APP), quando estas estiverem localizadas em área urbana municipal. Isto porque na região do oeste catarinense é possível constatar que muitos Municípios se desenvolveram ao lado de rios e encostas de morro, situação esta que acarreta inúmeros prejuízos aos moradores e proprietários de imóveis urbanos, considerando a atual legislação ambiental. Dentro desse contexto, pretende-se ainda mencionar os mecanismos legalmente reconhecidos que permitem a utilização desse imóvel em sua integralidade em conformidade com a legislação não olvidando-se do necessário cuidado em evitar maiores degradações ao meio ambiente local.

O assunto é de extrema importância considerando a necessidade de se adotar condutas que garantam a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Contudo, tal premissa não pode prejudicar ou até mesmo impedir o direito de utilização da propriedade. No presente caso, abordar-se-á a situação específica do Município de Serra Alta/SC, que no intuito de possibilitar sua expansão, na época em que tudo se permitia e pouco se protegia, realizou a canalização de um pequeno córrego que passava pela região visando aumentar a ocupação do espaço e permitir o desenvolvimento econômico municipal. Hoje a área anteriormente construída sob e ao lado do córrego canalizado situa-se na região central do Município, o que acarreta o impasse entre a utilização e fruição do bem adquirido legalmente pelos proprietários dos imóveis e o respeito às normas ambientais atualmente estabelecidas. A partir dessa constatação denota-se que são diversas as indagações e urgentes as soluções. Por esta razão, abordar-se-ão os mecanismos jurídicos que possibilitarão a resolução do referido impasse.

2 ABORDAGEM LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE, APLICÁVEL AO CASO ORA EM ANÁLISE

O artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido como garantia fundamental e no intento de efetivar essa proteção, os artigos 5º, inciso XXIII, 170, incisos III e IV, 182 e 186, inciso II, todos da Constituição Federal, determinam de forma expressa que a propriedade, rural ou urbana, deve cumprir sua função social e ambiental (FERNANDES, 2001).

Sobre o tema, a Constituição do Estado de Santa Catarina, em razão do princípio da simetria, reproduz em seus artigos 181, 182, incisos III e V, e 184, inciso I, a norma do artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (MILARÉ, 2013).

Além disso, a Lei nº 6.938/81, dispondo sobre a política nacional do meio ambiente, estabelece, no artigo 2º, o objetivo de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, visando condições ao desenvolvimento sócio-econômico e à proteção da dignidade da vida humana, e propõe a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (SAULE JÚNIOR, 1997).

A Lei nº 12.651/2012, vigente a partir de 28 de maio de 2012, também chamada de “Novo Código Florestal”, manteve os recuos anteriormente considerados como Áreas de Preservação Permanente (APP), também como forma de proteção ao meio ambiente com o objetivo de mantê-lo ecologicamente equilibrado (MILARÉ, 2013).

Diante dessa característica protetiva, o direito à propriedade deve ser entendido como um direito de uso limitado, com o objetivo de garantir a utilização racional da propriedade, de maneira a atender às necessidades da sociedade e da obrigação de seu uso sustentável (SILVA, 2004).

A função social da propriedade, segundo o artigo 182 da Carta de 1988, é atingida quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, o mesmo texto é previsto no artigo 39 da Lei n. 10.257/2001 (SILVA, 2004).

Vale ponderar que o referido texto não pode ser interpretado de forma literal e isolada, caso em que se tornaria uma norma em branco e, assim não seria dotada de força cogente por

si só, pois dependeria da elaboração de plano diretor. A restrição a tal entendimento considera a função social da propriedade urbana à luz do fundamento maior que norteia a base principiológica do atual ordenamento jurídico constitucional brasileiro: a dignidade da vida humana (SILVA, 2004).

A fim de efetivar a função social da propriedade, não só a administração pública municipal poderá compelir o proprietário ao cumprimento da função social de sua propriedade urbana, pela via administrativa ou judicial, mas também a sociedade, por seus legitimados, mediante a utilização de ações coletivas – como a ação civil pública. Assim como pode o cidadão, por intermédio da ação popular ou mesmo, em certas hipóteses, ação civil de cunho mandamental ou reparatório, com base no direito de vizinhança (SAULE JÚNIOR, 1997).

Nas palavras de Silva (2004), as limitações ao direito de propriedade não representam novidade, uma vez que já existem há muitos anos, com o fim de respaldar o interesse da saúde, da segurança ou do próprio Estado.

O referido autor subdivide as limitações em gerais ou especiais. Entre as gerais, destaca o zoneamento urbano, limitações relativas à edificação ou não edificação, à disponibilidade ou indisponibilidade da propriedade imóvel, ou ainda, as limitações decorrentes do direito de vizinhança.

Já as limitações especiais decorrem de circunstâncias ou atributos peculiares a um determinado imóvel, como cobertura florestal, localização em área de especial importância turística e aquelas, que em geral, determinam o cumprimento da função ecológica da propriedade (SILVA, 2004).

Contudo, não obstante a inegável existência e importância de tais limitações há que se ponderar tais restrições atento ao direito constitucional à moradia, conforme discorrer-se-á abaixo.

2.1 DO DIREITO À MORADIA

O direito à moradia se mostra como um importante passo para a realização das políticas sociais, mas somente foi reconhecido pelo direito brasileiro como um direito fundamental após a Emenda Constitucional nº 26, de 15/2/2000, muito embora já existia no direito internacional (AINA, 2002).

A alteração do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que incluiu a moradia dentre os direitos fundamentais decorreu de uma necessidade social, pois cada indivíduo possui o

direito de ter um mínimo de dignidade em seu lar, possibilitando a constituição e/ou manutenção de entidades familiares (ERENBERG, 2008).

Por interferência internacional o direito a moradia surgiu no Brasil, que é signatário de tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que já o reconhecia em seu artigo 25, e também no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais (ERENBERG, 2008).

Há que se atentar, contudo, que o direito à moradia não se constituiu em novo direito, pois já estava previsto implicitamente na tutela ao bem de família (Lei n. 8.009/90), muito embora sua inclusão na Constituição Federal o tornou de forma oficial um direito social fundamental de todos (AINA, 2002).

Importa mencionar que a moradia é um bem da vida de aspecto não concreto, que se concretiza materialmente em um bem imóvel, sendo que como bem material só poderá ser visualizado no direito a propriedade (AINA, 2002).

Imperioso reconhecer que o referido direito possui grande abrangência, pois decorre do princípio que visa garantir a todos a preservação da dignidade humana, ou seja, é um direito fundamental que exige do Estado o dever de proteção. Diante dessa situação, se torna imperioso estabelecer a relação entre o processo de urbanização e a proteção ambiental (ERENBERG, 2008).

2.2 A PROTEÇÃO AMBIENTAL E O CRESCENTE PROCESSO DE URBANIZAÇÃO

O processo de urbanização representa a intervenção humana que maior impacto causa ao meio natural, pois a construção das cidades consiste na desestabilização do equilíbrio ecológico existente, a qual se inicia pela remoção da cobertura vegetal, alterando a dinâmica das populações orgânicas, assim como no ciclo da água e os nutrientes do solo (MALUF, 2010).

Em decorrência do processo de degradação do solo, normalmente ocorre a total impermeabilização da superfície através da pavimentação e com relação ao ecossistema urbano é possível destacar a alta densidade demográfica, o desequilíbrio da relação entre ambiente construído e ambiente natural, o grande volume de resíduos, a alteração da diversidade biológica nativa com a retirada das florestas e a alteração dos cursos da água (MALUF, 2010).

Essa poluição do meio ambiente gerou à sociedade um problema que, pela dimensão, impõe à coletividade uma ação efetiva e imediata dirigida à proteção ambiental, pois os recursos naturais, que outrora pareciam inesgotáveis, começaram a rarear (MALUF, 2010).

Diante dessa situação, vive-se em uma sociedade dita pela doutrina moderna como “sociedade de risco”, ou seja, é a sociedade que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as conseqüências de uma catástrofe ambiental (CANOTILHO, 2008, p. 132).

No mesmo ritmo da evolução, senão mais rápido, segue o agravamento dos problemas, inexistindo uma adequação dos mecanismos jurídicos de solução de problemas dessa nova sociedade. Há consciência da existência dos riscos, desacompanhada, contudo, de políticas de gestão, fenômeno denominado por Canotilho como “irresponsabilidade organizada” (2008, p. 132).

É inconteste que o dano ambiental tem condições de projetar seus efeitos no tempo sem haver certeza e controle de seu grau de periculosidade. Podem-se citar como exemplos, os danos anônimos (impossibilidade de conhecimento atual), os cumulativos, os invisíveis, o efeito estufa, a chuva ácida e muitos outros. Toda essa proliferação das situações de risco acaba por vitimizar não só a geração presente como também as futuras gerações (CANOTILHO, 2008).

Embora o ordenamento jurídico-ambiental brasileiro possua instrumentos que não se limitam ao controle da produção e da proliferação de riscos, ressalta-se a necessidade de afastar o Direito Ambiental da racionalidade da irresponsabilidade organizada e desvinculá-lo da intenção do exercício de uma função meramente simbólica (CANOTILHO, 2008).

O diploma legal básico para o tratamento jurídico do dano ambiental no Brasil é a lei da Política Nacional do Meio Ambiente, n. 6.938/81, cujo artigo 14, §1º, reza que “o poluidor é obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (SILVA, 2004).

No sistema jurídico nacional podemos identificar uma “bifurcação” do dano ambiental: num lado o dano público contra o meio ambiente que é “bem de uso comum do povo” (artigo 225, CF), de natureza difusa, atingindo um número indefinido de pessoas, sempre devendo ser cobrado por Ação Civil Pública ou Ação Popular e sendo a indenização destinada a um fundo; no outro lado, o dano ambiental privado, que dá ensejo à indenização dirigida à recomposição do patrimônio individual das vítimas (SILVA, 2004).

Inegável, portanto, que o aumento populacional somado à falta de organização para evitar futuro dano ambiental, acarreta inúmeros prejuízos ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado. Contudo, também é sabido que o dano ambiental é inevitável durante os processos de urbanização. Assim, a partir dessa ótica, vale ponderar o que deve ser entendido como dano ambiental efetivamente prejudicial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

2.3 O CONCEITO LEGAL DE DANO AMBIENTAL

Inicialmente deve se definir e conceituar o que vem a ser impacto ambiental, visto que o Direito não considera qualquer alteração das características ambientais como sendo um impacto ambiental, é necessário que exista uma conduta humana voluntária sobre o ambiente, tendo em vista que os seres humanos também compõem o ambiente, e suas condutas, quando não voluntárias, devem ser consideradas como acontecimentos naturais (FERNANDES, 2010).

Desta forma, o impacto ambiental é uma alteração das características ambientais causada de forma não natural pela conduta humana e causadora de um desequilíbrio, pois altera os elementos constitutivos do ambiente. Com isso, toda vez que o homem, diante de sua necessidade de utilizar os recursos ambientais, causar um desequilíbrio estará causando consequentemente um impacto ambiental, podendo ser este de abrangência positiva ou negativa (FERNANDES, 2010).

Tendo características do primeiro, essas atividades devem ser incentivadas tanto pela coletividade como pelo Poder Público, mas se as condutas resultarem em impactos negativos, essas devem ser paralisadas e evitadas (FERNANDES, 2010).

Essas tentativas de “caracterizar” um dano ambiental ajudam muito pouco nos casos de alterações do meio ambiente que foram autorizadas pelo Poder Público. O problema aqui não está na questão se existe ou não o fato ou o perigo de uma transformação do meio ambiente, mas se essa mudança é legal ou ilegal e se o causador das mudanças ecológicas deve indenizar a coletividade (SILVA, 2004).

Nesses casos, é imperioso que o ramo do direito ambiental atue nas condutas humanas, responsabilizando as que, de alguma forma, contribuam com o desequilíbrio ambiental (FERNANDES, 2010).

No caso em apreço, podem-se citar os casos de canalização de cursos hídricos, que deve ser entendida como qualquer obra humana que resulte no encaminhamento ou direcionamento constante de águas fluviais ou de qualquer curso d’água, por meio de canais, valas ou canos (SILVA, 2004).

A água, por ser essencial à vida humana, constitui um recurso natural universal, sendo o direito de acesso a ela um direito fundamental. Entretanto, apesar de indispensável para a manutenção da vida e dos ecossistemas de modo geral, a pressão exercida pelas atividades humanas sobre os recursos hídricos vem gerando escassez, que tende a um agravamento nas próximas décadas, gerando uma situação de estresse hídrico para grande parte da população do planeta (RIOS, 2005).

Conforme leciona Silva (2004), o objetivo das obras de canalização é tentar mitigar ou resolver os vários problemas ambientais que ocorrem nos rios, córregos e cursos d'água, provenientes da ocupação de áreas impróprias (áreas de preservação permanente, dentre outras) nas cidades.

Sendo evidente que tal ocupação decorre do crescimento urbano desordenado, da inexistência de planos diretores nas cidades e de profissionais do urbanismo, entre outras razões (SILVA, 2004).

Imperioso ressaltar que não existe eficiência ambiental em nenhuma obra de canalização em que o curso d'água desaparece da paisagem local, ou onde as áreas preservação permanente e várzeas são suprimidas (SILVA, 2004).

Qualquer que seja o tipo de canalização, quando prejudicial ao meio ambiente, estará afetando a diversidade biológica indo de encontro à legislação ambiental brasileira. Em contrapartida, quando a canalização (por canal aberto) preservar o ambiente, estará de acordo com os princípios do Direito Ambiental e com a própria lei ambiental (SILVA, 2004).

Se as obras de canalização mantiverem o curso d'água (bem ambiental) preservado, conservado e protegido, bem como seus valores culturais e funções sócio-ambientais, deve-se verificar paralelamente, se as áreas de preservação permanente foram devidamente preservadas (SILVA, 2004).

É sabido que a responsabilidade por danos ambientais causados é objetiva, isto é, independe de culpa do agente causador do dano. No caso da canalização de cursos d'água, assim como a sua retificação, são atividades que estão previstas como potencialmente poluidoras e passíveis de licenciamento segundo a resolução CONSEMA 01/2006 (SILVA, 2004).

Nesse caso, torna-se importante deixar registrado que somente em casos excepcionais de utilidade pública, previstos no artigo 2º da Resolução CONAMA 369/06, assim reconhecidos através de prévio e competente estudo técnico e decisão motivada pelo órgão licenciador responsável, poderá ocorrer a canalização de curso d'água. Devendo analisar no caso em apreço se a situação se enquadra como de utilidade pública, oportunidade em que

será possível concluir pela (im)possibilidade de regularização da obra (SAULE JÚNIOR, 1997).

Contudo, não basta afirmar que uma obra, atividade ou projeto que atenda ao interesse social justifica o sacrifício ecológico, pois o conflito entre o social e o ambiental - ambos direitos fundamentais de equiparada importância - torna necessária a avaliação no caso concreto ponderando-se os valores conflitantes e sopesando as justificativas apresentadas a fim de que essas se tornem plenamente seguras a amparar quaisquer decisões que venham a ocasionar uma possível intervenção humana na natureza (SAULE JÚNIOR, 1997).

Deve-se verificar também, quando se trata de matéria ambiental, uma interpretação de cunho imparcial sobre o reconhecimento, ou não, do que se entende por utilidade pública ou interesse social previstos na legislação ambiental vigente, pois, tal entendimento somente será alcançado quando o impacto ambiental a ser provocado por empreendimentos em geral com essa feição for observado a partir das contribuições sociais que o mesmo será capaz de conceder, valorando-se devidamente a importância do equilíbrio ecológico e os impactos, presentes e futuros, por ocasião desta análise conceitual (YOSHIDA, 2012).

Não se pode olvidar que as questões ambientais, configuradas na proteção, na preservação e na conservação dos recursos naturais, prioritária e invariavelmente devem se situar em primeiro lugar, atendendo as orientações do princípio ambiental da prevenção, descartando, desta feita, todo e qualquer possível dano, imediato ou perceptível em longo prazo (YOSHIDA, 2012).

O que se quer dizer, em outras palavras, é que as possibilidades de interferência no meio ambiente são extremamente restritas, pois, caso contrário, estar-se-ia sendo complacente de tal modo a permitir que interesses outros, como os econômicos, ou mesmo sociais, por exemplo, pudessem intervir e causar possíveis degradações ambientais irreversíveis, caracterizando uma retrogradação ambiental, desconsiderando um elemento integrante do que possa compreender por mínimo existencial de dignidade e sobrevivência humana (YOSHIDA, 2012).

Logo, há que se ter uma maior preocupação quanto à apresentação das justificativas, tendo em vista que os argumentos utilidade pública e interesse social, analisados historicamente de forma subjetiva e ao bel talante do administrador têm servido de fundamentos justificadores para constantes atos imoderados e abusivos de degradação e sacrifício ambiental (YOSHIDA, 2012).

Nesses casos, o questionamento que ainda precisa ser analisado diz respeito às medidas compensatórias e os institutos previstos na Lei ambiental vigente, passíveis de aplicação no caso em comento.

2.4 O DIREITO URBANÍSTICO E AS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

Imagine-se que uma casa é construída de acordo com a licença que foi outorgada, mas que se apura em momento posterior que a obra desrespeita os limites de altura, previstos na legislação municipal, em alguns poucos centímetros; considere-se, para o fim de ilustrar o exemplo, que o administrado estivesse o tempo todo de boa-fé, que o erro não compromete o interesse público senão o padrão estabelecido para aquela localização, e que o erro de centímetros encontra-se avalizado pela licença (a obra seguiu à risca o projeto que é a causa da licença); haverá, no caso, indubitável prevalência do direito de propriedade do administrado que deverá ser mantido porque faltaria com a razoabilidade a demolição da casa por não existir a correspondência exata das medidas (PIRES, 2006).

Sobre o tema vale destacar a oportuna lembrança das palavras do professor Almiro do Couto e Silva (2004 apud PIRES, 2006, p. 47):

Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança Jurídica não é, aí algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça.

Oportuno destacar que, embora já tenha ocorrido grande discussão sobre a aplicação do Código Florestal, que exige recuo de 30 metros, ou a Lei de Parcelamento do Solo (15 metros), em áreas urbanas, principalmente em cidades como o Município de Serra Alta, que se estabeleceu geograficamente praticamente sobre uma nascente, razão pela qual houve com o decurso do tempo a canalização do córrego que ali existia, entende-se como tolerável a existência de edificações antigas que estejam inseridas em Áreas de Preservação Permanente (SILVA, 2004).

No caso de Serra Alta a consolidação da situação é inconteste, pois a canalização do córrego ocorreu no início da colonização, ocorrida em 1950². Dessa forma, é evidente que a demolição de todos os imóveis mesmo que construídos a menos de 15 metros do antigo curso hídrico existente no local, não se mostra razoável. Cabendo ao Poder Público municipal adotar medidas que recuperem áreas na mesma proporção já degradada, assim como, paralise

2 Não contém número de página por ser documento eletrônico.

imediatamente a continuidade da canalização e intervenção em área inferior a 30 metros do curso hídrico ainda existente.

Com a publicação do Novo Código Florestal, as principais alterações concernentes às áreas de preservação permanente, segundo Milaré (2013, p. 158) são:

a) é uma área não mais uma floresta (Na Lei n. 4.771/65, com a redação original, tratava-se de “floresta de preservação permanente). A área pode ou não estar coberta por vegetação nativa, podendo ser coberta por vegetação exótica. b) a APP não é qualquer área, mas uma “área protegida”. A junção destes dois termos tem alicerces na Constituição da República, que dá incumbência ao poder público de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a ser especialmente protegidos, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. c) a área é protegida de forma “permanente”, isto é, não episódica, descontínua, temporária ou com interrupções. d) a APP é uma área protegida, com funções ambientais específicas e diferenciadas: função ambiental de preservação, função de facilitação, função de proteção e asseguramento. e) a supressão indevida da vegetação na APP obriga o proprietário da área, possuidor ou o ocupante a qualquer título a recompor a vegetação, e essa obrigação tem natureza real.

Acerca da possibilidade de regularização fundiária em áreas urbanas consolidadas, vale transcrever o entendimento de Consuelo Y. Moromizato Yoshida e Vicente de Abreu Amadei (2012, p. 440):

É preciso, pois, ter em conta que a regra é a imutabilidade do perfil ambiental natural protegido das APP, quer estejam situadas em zona rural ou em zona urbana. Mas essa diretiva – que se há de respeitar, em prol da cidade sustentável – comporta exceção legal controlada, mediante autorização específica, como se vislumbra em hipótese de regularização fundiária em assentamentos localizados em área urbana consolidada, na razão maior do desenvolvimento humano dos cidadãos. A justificação dessa exceção controlada, de um lado, reflete a necessidade de resposta à triste sociológica urbana brasileira, forjada nos assentamentos clandestinos ou irregulares em APP.

A Resolução Conama n. 369/06 estabelece os casos em que, na forma do artigo 4º do Código Florestal, a intervenção ou supressão em APPs será permitida, sendo eles, de utilidade pública ou interesse social (SILVA, 2004). A mesma disposição é prevista na Lei n. 11.977/09.

Por utilidade pública devem-se entender aqueles casos em que a supressão da APP atende o interesse de toda a coletividade, citando-se como exemplo, a construção de uma ponte, de uma hidrelétrica, de uma captação de água, a exploração de uma mina de ferro e a escavação de um fóssil (FERNANDES, 2001).

Já por interesse social deve-se entender aqueles casos em que a supressão da APP atende imediatamente aos anseios de um grupo determinado, mas mediatamente ao anseio de

toda a sociedade pela melhoria das condições de vida da população, citando-se, como exemplo, a possibilidade de utilização do manejo florestal sustentável em pequenas propriedades rurais (FERNANDES, 2001).

No que interessa ao presente artigo e ao objetivo por ele traçado, destaca-se como hipótese de interesse social - a justificar a concessão da autorização para supressão de APP - a regularização fundiária sustentável em área urbana (art. 2º, II, 'c') (FERNANDES, 2001).

Ainda que configurada hipótese de utilidade pública ou interesse social, a supressão da vegetação somente será autorizada quando comprovada a inexistência de alternativa técnica e locacional e a ausência de riscos de enchentes, erosão ou deslizamentos (artigo 3º) (FERNANDES, 2001)

Em seu artigo 9º, a Resolução Conama 396/06, estabelece as regras da regularização fundiária sustentável em área urbana. A autorização poderá ser concedida pela autoridade ambiental quando a ocupação sobre a APP se der em local de baixa renda predominantemente residencial que o município tenha declarado como Zona Especial de Interesse Social – ZEIS (FERNANDES, 2001).

Além disso, o local objeto de regularização deve ser ainda caracterizado como de ocupação consolidada em razão da presença cumulativa de pelos menos três itens de infraestrutura urbana implantada (malha viária, captação de águas pluviais, esgotamento sanitário, coleta de resíduos sólidos, rede de abastecimento de água ou rede de distribuição de energia) e densidade demográfica superior a 50 habitantes por hectare (FERNANDES, 2001).

Outro ponto que não deve ser olvidado é que esta modalidade de regularização fundiária não pode se dar em todos os locais considerados como APP, somente nos seguintes: a) margens de cursos d'água e entorno de lagos, lagoas e reservatórios artificiais, mas respeitando-se uma faixa marginal de 15 metros, limite este, no entanto, que pode ser reduzido excepcionalmente diante das condições da ocupação, observada a necessidade de melhoria das condições ambientais da ocupação; b) topo de morros, mas respeitando-se as áreas de recarga de aquíferos; c) restingas, mas respeitando-se uma faixa de 150 metros da linha de preamar máxima. Além do mais, só podem ser objeto de regularização com base na norma em comento as ocupações consolidadas até junho de 2001, quando entrou em vigor o Estatuto da Cidade (PIRES, 2006).

Para execução da regularização, deverá ser apresentado plano pelo Poder Público municipal que contemple informações sobre as características da área, como suas fragilidades e riscos ambientais de enchentes e deslizamentos (uma vez que é vedada a regularização nestes locais), a localização de mananciais próximos, medidas para preservação e recuperação

das APPs não passíveis de regularização e comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental (PIRES, 2006).

Por fim, o plano de regularização fundiária deve ser elaborado com a participação popular, inclusive através da realização de audiência pública, devendo prever mecanismos de monitoramento ambiental, de modo a assegurar a não ocupação das APPs remanescentes (PIRES, 2006).

Ocorre que, no caso em apreço, a ocupação de APP se deu muito próximo à canalização, se não sob o curso hídrico, razão pela qual as medidas acima mencionadas devem ser consideradas como diretrizes atento à peculiaridade da situação vivenciada pelo Município de Serra Alta/SC.

Sabe-se que a Resolução Conama n. 396/06 sofre críticas de toda ordem. Muito se defendeu que as possibilidades de flexibilização da intangibilidade das APPs vão de encontro aos mandamentos de proteção do meio ambiente contidos no Código Florestal e na Constituição. Por outro lado, há quem diga que os requisitos exigidos para a regularização fundiária são tantos que resta aniquilado o direito à moradia pelo direito ao meio ambiente, o que seria inadmissível considerando que ambos possuem a mesma estatura constitucional (PIRES, 2006).

Assim como várias outras normas do Conama, a Resolução 369/06 é tachada de inconstitucional por violação ao princípio da reserva legal (YOSHIDA, 2012).

Inclusive, por ocasião da edição da Medida Provisória 2.166-67/01, foi ela objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, justamente pelo fato dela ter, mediante alteração do Código Florestal, conferido ao Conama competência um tanto genérica para estabelecer outros casos de utilidade pública e interesse social a ensejar a autorização para supressão de APP (YOSHIDA, 2012).

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião de julgamento pelo Plenário do pedido liminar, pronunciou-se contrariamente ao pleito de suspensão da eficácia da medida provisória, nos seguintes termos, conforme comenta Milaré (2013, p. 746):

O acórdão, relatado pelo eminente Min. Celso de Mello, estabeleceu que “a Medida Provisória 2.166-67, de 24.08.2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão”. E, diante de tal preceito, citando posicionamento nosso estampado nesse livro, confirmou que somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos

espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal.

Apesar das críticas, considerando a chancela prévia do Supremo, não é de todo equivocada a conclusão de Saule Junior no sentido de que:

Os requisitos exigidos pela Resolução nº 369/2006 do CONAMA estão em consonância com os princípios e diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade, na medida em que levam em consideração a necessidade de tratamento diferenciado em função da renda dos habitantes, a garantia do direito à moradia e a gestão democrática da cidade (SAULE JUNIOR, 1997, p. 3.768).

É sabido que no ordenamento brasileiro pós-1988 inexistia direito adquirido a poluir. Sendo assim não há falar em direito à indenização por se exigir o estancamento da poluição mesmo quando a administração ou o Judiciário se utilizam do remédio extremo do fechamento definitivo da atividade (YOSHIDA, 2012).

A Constituição, por estar no cimo da escala hierárquica da pirâmide do sistema, não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela, devendo toda a ordem jurídica ser lida a luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conforme à ela. Ora se as próprias normas se curvam e se submetem ao mandamento constitucional, não seria razoável deixar que as práticas econômicas que o hostilizam permaneçam inalteradas e infensas às suas determinações (CANOTILHO, 2008).

Oportuno lembrar que na APP do artigo 4º, não cabe indenização ao proprietário rural que deva ter em seu imóvel uma APP. Trata-se de uma limitação administrativa, que é “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (MILARÉ, 2013).

É incontestável que as áreas de preservação permanente e reserva legal não podem ter a sua destinação alterada impondo-se ao proprietário o dever jurídico de mantê-las e preservá-las para as gerações atuais e futuras. Trata-se da chamada obrigação *propter rem*, da qual não se libera a coisa. Não é atributo do sujeito, titular do direito de propriedade, mas da própria coisa (SILVA, 2004).

A nova configuração do direito de propriedade, limitado por princípios sociais e pela necessidade de preservação ambiental e elevado ao nível constitucional, assumiu a importante função de garantir a efetividade destes direitos fundamentais e do próprio direito ambiental, sustentado em uma nova ética e em um novo modelo de desenvolvimento sustentável (SILVA, 2004).

Por derradeiro, após análise das informações acima colacionadas, é possível concluir que o homem aprisiona um espaço, apossa-se dele, tenta recriá-lo a sua imagem e semelhança, porém termina arriscando-se, por sua ganância de poder, a sucumbir na teia que teceu. Modifica o meio ambiente natural para que o mesmo atenda suas necessidades básicas, mas as alterações que processa terminam voltando-se contra o criador (SÉGUIN, 2005).

Instala-se o caos urbano e o homem fica enredado nele, sufocado pela poluição que deu origem e excluído pelo planejamento urbano elitista de seus representantes políticos. Ocorre que, a sustentabilidade das cidades, sua função social e o respeito à dignidade humana são questões que determinam a qualidade de vida (SÉGUIN, 2005).

3 CONCLUSÃO

A partir das considerações teóricas mencionadas acima é possível afirmar que o direito não pode ignorar a situação verificada em praticamente todos os municípios brasileiros que possuem curso hídrico próximo à área colonizada.

Com tal afirmação não se quer dizer que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser suprimida em prol do direito à propriedade, mas sim, regularizar as situações já consolidadas, sendo que novas intervenções e possíveis demolições das edificações causariam um impacto social ainda maior e pouco poderia ser recuperado do curso hídrico canalizado há tantos anos. Certamente uma conduta nesse sentido, ocasionaria um dano ainda maior se considerado o aspecto urbanístico, social e financeiro municipal.

Além disso, não se questiona a necessidade do direito coibir de forma enérgica a intervenção nas áreas especialmente protegidas, uma vez que o tema é incessantemente discutido nos dias atuais e necessita ser tratado com maior responsabilidade.

Contudo, esse mesmo comportamento não pode ser adotado para as situações que se desenvolveram em outro momento cultural e até mesmo legislativo.

No caso em apreço, o mais coerente seria perfectibilizar o direito à propriedade dos moradores e atuais proprietários dos imóveis, pois, muito embora fossem conhecedores da canalização, possivelmente não contribuíram para que ela acontecesse.

Dessa forma, nada mais justo que reconhecer a legitimidade e regularidade da propriedade exercida pelos proprietários.

No entanto, como medida compensatória poderia ser exigido dos moradores e do Poder Público municipal a recuperação de outra área, em tamanho equivalente à que foi

degradada. Interessante, nesse caso, realizar a revitalização e proteção ambiental na parte em que o córrego ainda existe.

Além disso, com o objetivo de efetuar a regularização fundiária caberia ao município de Serra Alta realizar um plano de regularização fundiária e recuperação da área já degradada, com base no interesse social e utilidade pública, que no caso se mostra incontestado, uma vez que não teria a finalidade de abarcar população de baixa renda, muito pelo contrário a área fica localizada na região central do município, compreendendo imóveis residenciais e comerciais.

Por utilidade pública e interesse social, nesse caso, deve-se entender como as situações em que a supressão da APP atende o interesse de toda a coletividade.

Assim, deverá ser apresentado pelo Poder Público municipal um plano que contemple informações sobre as características da área, como suas fragilidades e riscos ambientais de enchentes e deslizamentos (uma vez que é vedada a regularização nestes locais), a localização de mananciais próximos, medidas para preservação e recuperação das APPs não passíveis de regularização e comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental.

Conclui-se, portanto, que é possível a regularização da área mediante a consideração dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que as normas legais se enquadrem à situação peculiar vivenciada pelo município. Além disso, conforme destacado, o interesse social e a utilidade pública se mostram indiscutíveis. Ademais, o caso em apreço não se mostra como uma autorização ao direito de poluir, mas sim, busca reparar e proteger área em tamanho equivalente ao degradado, considerando que outras medidas, tais como, demolição e re colocação das residências ocasionaria um problema social ainda maior, que deve ser devidamente coibido pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ERENBERG, Jean Jacques. **Função social da propriedade urbana: Municípios sem plano diretor**. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas: 2008.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Licenciamento ambiental municipal: um instrumento local de efetivação de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana**. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Limitações urbanas ao direito de propriedade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Afonso Leme (coord). **Novo código florestal comentado: comentários à Lei n. 12.651/, de 25 de maio de 2012**. 2 ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORIZATO YOSHIDA, Consuelo Y. Morizato. **Direito urbanístico: estatuto da cidade e plano diretor**, São Paulo: Editora NDJ, 2004.

PIRES, Luiz Manoel Fonseca. **Estudos de direito urbanístico –I: Licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da lei do parcelamento do solo**. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. **O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. Organizador Auréli Virgílio Veiga Rios. São Paulo: Peirópolis Brasília DF: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Bruno Campos. **Direito ambiental: enfoques variados**. Organizador Bruno Campos Silva. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

<http://www.serraalta.sc.gov.br/conteudo/?item=22970&fa=9771>. Acesso em: 10 dez 2013.