



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Parecer nº 1198/2016

EMENTA:

Áreas de Preservação Permanente em zona urbana e licenciamento edílico – faixas marginais de cursos d’água – Lei Federal n. 12.651/12 – “Novo Código Florestal”- o art. 4º, I é a regra geral – casos em que ocorre a descaracterização como APP - utilização de instrumentos como licenciamento, zoneamento ambiental e edição de lei municipal para adequação da regra geral à cidade existente e consolidada – competência municipal para tratar de matéria urbano-ambiental de interesse local – critérios a serem observados pelo licenciador.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

SUMÁRIO:

1. Introdução
 - 1.1. Objeto do parecer
 - 1.2. Precedente - A informação 51/2014-Exame das APPs no Arroio Dilúvio
2. Delimitação do problema: As Áreas de Preservação Permanente do art. 4º, I da Lei 12.651/12 com alterações posteriores – “ Novo Código Florestal ”
 - 2.1. Aplicação da lei 12.652/12 em área urbana
 - 2.2. Ausência de referência no texto do Código Florestal vigente ao tratamento a ser dado às APPs em área urbana
3. Áreas de preservação permanente em recursos hídricos no ordenamento jurídico brasileiro
 - 3.1. Legislação federal
 - 3.2. Fundamento constitucional e legal da proteção por meio de APPs
 - 3.3. As resoluções CONAMA e pareceres anteriores da PGM sobre o tema
4. APP nas margens de cursos d’água – características e (des) caracterização das APPs
 - 4.1. Características das APPs
 - 4.2. (Des)caracterização das APPs – necessidade de interpretação da norma de forma sistêmica e não isolada
 - 4.2.1. Característica do bem protegido
 - 4.2.2. A função ambiental da faixa de proteção
 - 4.2.3. Antropização do curso d’água e de suas margens no Município de Porto Alegre
 - 4.2.4. Área urbana consolidada
 - 4.2.5. Áreas de risco
 - 4.2.6. Possibilidade de recuperação e restauração de vegetação ribeirinha
 - 4.2.7. Critério temporal e irreversibilidade
 - 4.3. Afastamento da regra geral do Código Florestal quando descaracterizada a APP
5. Jurisprudência
6. Orientação para a solução do problema
 - 6.1. Edição de normas municipais
 - 6.2. Zoneamento ambiental
 - 6.3. Estudos de Impacto Ambiental
 - 6.4. Decisão fundamentada do órgão ambiental no âmbito do licenciamento
7. Conclusões



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

1. Introdução

Desde a edição do novo Código Florestal, Lei Federal 12.651/12 e alterações, muitas dúvidas têm surgido sobre diversos aspectos de seu conteúdo, entre elas a que se pretende dirimir por meio deste Parecer.

1.1. O objeto do parecer

O problema aqui enfrentado diz respeito ao artigo 4º, I, que considera Áreas de Preservação Permanente (APP) as faixas marginais dos cursos d'água, estabelecendo metragens de proteção que, muitas vezes, incidem em grande parte ou no todo dos terrenos em que os proprietários/usuários pleiteiam licenças para edificar, motivando o indeferimento do pedido, já que essa faixa foi inserida na DMWeb, por força do que determina a lei ambiental federal.

Diante do indeferimento, são apresentados pedidos de reconsideração, sob a alegação de que as áreas já se encontram antropizadas, consolidadas, muitas vezes com vias públicas. Em grande parte dos casos, os terrenos e seus lindeiros já possuem ou possuíam há longa data edificações sobre a faixa delimitada e se encontram sobre loteamentos aprovados pelo Poder Público.

Portanto, o questionamento feito pelas secretarias licenciadoras, em especial pela SMAM e SMURB, é para a solução dos casos concretos diante da legislação ambiental federal (Código Florestal), que conflita com a realidade da cidade existente, carecendo as secretarias de uma orientação que dê segurança jurídica para seus atos¹.

Embora possamos dar a orientação solicitada, a análise casuística não bastará, razão pela qual este parecer terá uma função dúplice (a) dar uma orientação ao licenciador para que os processos em andamento não fiquem sem o devido exame, e (b) dar a orientação que julgamos adequada para a solução do problema, que depende de utilização de instrumentos

¹ Como veremos adiante, sobre o tema existe orientação desta PGM, notadamente nos Pareceres 1090/02 e 1095/02, entre outros, mas devido ao tempo transcorrido e a edição da nova lei, faz-se necessário refrescar o entendimento, contextualizando-o, ampliando e, quando for o caso, revisando-o.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

da política urbana por parte do administrador e de tomada de medidas mais abrangentes, como adiante se verá.

1.2. Precedente - A Informação 51/2014 – Exame das APPs no Arroio Dilúvio

Já nos manifestamos anteriormente sobre a matéria na Informação PUMA 51/2014. Na ocasião, fizemos um recorte do problema, enfocando o Arroio Dilúvio, quando concluímos que por possuir três estágios morfológicos desde a região de suas nascentes nas colinas até o desembocar no Lago Guaíba, era possível se estabelecer que no último trecho, onde hoje existe a Avenida Ipiranga, por todas as razões ali explicitadas, não se aplica a norma do art. 4º do Código Florestal. Portanto, naquele trecho específico, no nosso entender, inexistente uma Área de Preservação Permanente, embora os licenciamentos devam levar em consideração todas as demais normas urbano-ambientais.

Nossa sugestão foi no sentido de que fosse retirada da DMWeb a faixa indicativa de APP naquele trecho, sendo mantida a faixa delimitadora nos demais trechos do Arroio Dilúvio, até ulterior avaliação técnica.

Indicamos também, na oportunidade, que fosse proposto um imprescindível sistema de zoneamento ambiental que apontasse onde deveriam ocorrer as faixas indicativas de APP para os demais cursos d'água que compõem as 27 sub-bacias hidrográficas do Município de Porto Alegre.

Foi sugerido, ainda, que o zoneamento ambiental, após concluído, fosse submetido ao Conselho Municipal do Meio Ambiente e integrasse Lei Complementar Municipal, compatibilizando-o com as demais normas do Plano Diretor.

Esse zoneamento ainda não ocorreu, e as dúvidas persistem, sendo que os servidores que lidam com os processos de licenciamento e aprovação de projetos, salvo para o referido trecho do Arroio Dilúvio, não têm segurança jurídica para suas decisões. Por essa razão, julgamos oportuno ir além, transformando nossa orientação em Parecer e, na medida do possível, avançando um pouco mais na matéria, que ainda é nebulosa e que conta com pouca base doutrinária e jurisprudencial.



2. Delimitação do problema: As Áreas de Preservação Permanente do art. 4º, I da Lei 12.651/12 com alterações posteriores – “ Novo Código Florestal ”

2.1. Aplicação da lei 12.651/12 em Área Urbana

Antes da Lei 12.651/12, discutia-se sobre a aplicação, ou não, do chamado Código Florestal (a revogada Lei 4.771/65), ao meio urbano². Esse debate foi enfrentado diversas vezes na Procuradoria-Geral do Município, podendo ser citado o Parecer PGM n. 1090/04, de lavra da Procuradora Vanêsa Buzelato Prestes, que abordou justamente a aplicação da referida legislação no tocante às Áreas de Preservação Permanente. Ali foram examinados os vários textos legislativos de mesma hierarquia que incidiam, demonstrando a divergência que existia quanto à aplicação do Código Florestal às cidades, sendo que no parecer era defendida sua aplicação, à luz do que dispunham as Resoluções CONAMA.

Era frequente a dúvida com relação à aplicação ou não das definições e delimitações de Áreas de Preservação Permanente estabelecidas no Código Florestal ao meio urbano, em virtude do que dispunha o art. 2º. da Lei 4771/65, em especial no seu parágrafo único:

Lei 4771/65:

Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta lei as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

....

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e

² Precedentes do STJ no sentido da aplicação do Código Florestal anterior em área urbana: AgRg no REsp 664886 / SC, AgRg no Ag 1104174 / SP



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

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.

A dúvida surgia da leitura do próprio artigo 2º. que, por um lado, excetuava as áreas urbanas e, por outro, estabelecia que os princípios e limites a que se referia (leia-se metragens para as APPs) deveriam ser respeitados, dando margens a interpretações diversas: alguns entendiam ser possível a aplicação do Código Florestal na íntegra no meio urbano e outras entendiam que o referido artigo abria possibilidade aos Municípios para legislarem sobre o tema à luz das competências constitucionais³.

A Lei 12.651/12, que revogou a Lei 4.771/65, resolveu parte do problema pois, ao estabelecer as áreas de preservação permanente, diz taxativamente que serão assim consideradas em zonas rurais ou urbanas:

“Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

....”

Assim, se antes já se defendia a aplicação do Código Florestal ao meio urbano⁴, a partir da entrada em vigor da Lei 12.651/65, é certo que consistem em APP as áreas especificadas no art. 4º, também no meio urbano.

³ O Parecer 1090/04 cita artigos nos dois sentidos, publicados na Revista de Direito Ambiental n. 02, Ano 1, abril-junho 1996, Editora RT.

⁴ O Parecer 1090/04-PGM assim orientava, a respeito do Código Florestal anterior: “Para o deslinde da questão posta entendemos que não cabe debater pura e simplesmente a incidência ou não do Código Florestal no âmbito urbano ou, de outra parte, se pode o Município, por intermédio do Plano Diretor, legislar de forma diferente do Código Florestal. O fato concreto é que em Porto Alegre a Lei Complementar Nº 434, nosso Plano Diretor, não legislou sobre o tema, sendo que fez menção expressa a compatibilização com a legislação federal existente sobre a matéria. Assim, mesmo que em tese fosse possível, não há que se falar em preponderância da lei local, na medida em que esta lei inexistente. Destarte, não há como negar vigência ao Código Florestal, com a alteração inserida em 1989, por intermédio da Lei Federal Nº 7.803, redação que remanesce até hoje”.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

No entanto, como é sabido, historicamente as cidades surgiram e se desenvolveram sobre essas áreas, demandando um exame mais aprofundado da norma e uma interpretação compatível com a realidade urbana⁵.

2.2. A ausência de referência no texto do Código Florestal vigente ao tratamento a ser dado às APPs em área urbana

O texto que deu origem à Lei 12.651/12 teve vários artigos, parágrafos e alíneas vetados, dentre os quais os parágrafos 7º e 8º do artigo 4º do Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional, que assim dispunham:

“Art. 4º [...]

§ 7º Em áreas urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural que delimitem as áreas da faixa de passagem de inundação terão sua largura determinada pelos respectivos Planos Diretores e Leis de Uso do Solo, ouvidos os Conselhos Estaduais e Municipais de Meio Ambiente.

§ 8º No caso de áreas urbanas e regiões metropolitanas, observar-se-á o disposto nos respectivos Planos Diretores e Leis Municipais de Uso do Solo” (BRASIL, 2012b).”

⁵ Paulo de Bessa Antunes, no texto que adiante será examinado e citado, adverte: *É importante realçar que a novel legislação, no caput do artigo 4º, utiliza a expressão “em áreas rurais ou urbanas”, o que poderia levar o intérprete apressado a aceitar como verdade o fato de que em qualquer área urbana seja possível identificar APPs. Em nossa opinião, a simples inclusão da expressão “áreas urbanas” não é suficiente para afastar a função finalística da norma, muito menos para atribuir função ambiental a área que, concretamente analisada à luz da Hidrologia, da Botânica ou de outra ciência ambiental aplicada, não apresente as características necessárias para o aperfeiçoamento do conceito jurídico.*

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Áreas de preservação Permanente Urbanas*. Texto publicado em: <http://genjuridico.com.br/2016/02/22/areas-de-preservacao-permanente-urbanas/>

Consultado em fevereiro 2016



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Ato contínuo, foi editada a Medida Provisória 571, de 25 de maio de 2012, que visava a suprir o vazio decorrente dos vetos. Quanto ao aspecto que aqui se examina, a Medida Provisória inseriu os parágrafos 9º e 10º:

*§ 9º Em áreas urbanas, assim entendidas as áreas compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural que delimitem as áreas da faixa de passagem de inundação terão sua largura determinada pelos respectivos Planos Diretores e Leis de Uso do Solo, ouvidos os Conselhos Estaduais e Municipais de Meio Ambiente, sem prejuízo dos limites estabelecidos pelo inciso I do **caput**.*

§ 10. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, observar-se-á o disposto nos respectivos Planos Diretores e Leis Municipais.

Paulo de Bessa Antunes faz a seguinte observação:

“Tais dispositivos visavam a suprir vetos aos §§ 7º e 8º do texto aprovado pelo Congresso, cujo conteúdo se mostrava excessivamente permissivo e capaz de gerar grave retrocesso à luz da legislação em vigor, ao dispensar, em regra, a necessidade da observância dos critérios mínimos de proteção, que são, ademais, essenciais para a prevenção de desastres naturais e proteção da infraestrutura. Sem a observância dos limites estabelecidos no art. 4º, cada ente municipal poderia vir a adotar um critério diferente para definição da largura da faixa de passagem de inundação ou de APP, o que poderia ser inadequado ao permitir a manutenção e ampliação de áreas de risco.”⁶

⁶ Texto citado antes.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

No entanto, sobreveio a Lei 12.727/12, alterando a Lei 12.651/12, convertendo a Medida Provisória em Lei, mas deixando de versar sobre o que antes dispunha a Medida Provisória sobre áreas urbanas, “*não restando no texto legal qualquer referência ao tratamento a ser dado às APPs situadas em área urbana, possibilitando a errônea conclusão de que o administrador deveria dispensar às APPs em área urbana o mesmo tratamento adotado para as áreas rurais.*”⁷ Defende o autor que uma análise mais detalhada do contexto constitucional e legal aplicável demonstra que tal conclusão não se sustenta, com o que concordamos desde já.

3. Áreas de Preservação Permanente em recursos hídricos no ordenamento jurídico brasileiro

3.1. Legislação Federal

A legislação brasileira, em 1921, no Decreto n. 4.421, que criou o Serviço Florestal no Brasil, já se referia às “florestas protetoras”, especificando sua finalidade, entre as quais a garantia da pureza e abundância dos mananciais, evitar erosões, equilibrar o regime das águas correntes, entre outras.⁸

O Decreto 23.793, Código Florestal de 1934, também fazia referência às funções para as então chamadas “florestas protetoras”, entre as quais conservar o regime das águas, evitar a erosão das terras pela ação dos agentes naturais, entre outros⁹. Protegia-as expressamente em seu artigo 8º:

⁷ Idem

⁸ Decreto 4.421/21:

Art. 3º Ao serviço Florestal incumbe:

- I. Promover e auxiliar a conservação, criação e guarda das florestas protectoras, isto é, das que servem para:
 - § 1.º Beneficiar a hygiene e a saude publica.
 - § 2.º Garantir a pureza e abundancia dos mananciaes aproveitaveis á alimentação.
 - § 3.º Equilibrar o regimen das aguas correntes que se destinam não só ás irrigações das terras agricolas como tambem ás que servem de vias de transporte e se prestam ao aproveitamento de energia.
 - § 4.º Evitar os efeitos damnosos dos agentes atmosphericos; impedir a destruição produzida, pelos ventos; obstar a deslocação das areias movediças como tambem os esbarrocamentos, as erosões violentas, quer pelos rios, quer pelo mar.
 - § 5º Auxiliar a defesa das fronteiras.

⁹ Decreto n. 23.793/34-republicado em 1936:



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Art. 8º Consideram-se de conservação perenne, e são inalienáveis, salvo se o adquirente se obrigar, por si, seus herdeiros e sucessores, a mantel-as sob o regimen legal respectivo, as florestas protectoras e as remanescentes.

Com a Lei 4.771/65 e suas alterações¹⁰, que era o Código Florestal em vigor até 2012, foi estabelecida uma Área de Preservação Permanente, com determinadas funções ambientais, assim definida¹¹:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

....

Parágrafo 2º Para efeitos deste Código entende-se por:

I -

II - Área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

Art. 4º Serão consideradas florestas protectoras as que, por sua localização, servirem conjuncta ou separadamente para qualquer dos fins seguintes:

- a) conservar o regimen das aguas;
- b) evitar a erosão das terras pela acção dos agentes naturaes;
- c) fixar dunas;
- d) auxiliar a defesa das fronteiras, de modo julgado necessario pelas autoridades militares;
- e) assegurar condições de salubridade publica;
- f) proteger sitios que por sua belleza mereçam ser conservados;
- g) asilar especimens raros de fauna indigena.

¹⁰ A definição de APP não é do tempo da promulgação do Código Florestal de 65, tendo sido inserida em seu texto pela Medida Provisória 2.166-67/2001.

¹¹ Reproduzem-se aqui apenas os trechos dos artigos referentes ao aspecto que se está examinando neste parecer (APPs em cursos d'água, nas dimensões dos cursos d'água do Município).



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

“Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

....”

Portanto, o Código Florestal anterior era claro ao determinar que eram consideradas APPs, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas a uma determinada distância pré-estabelecida.

O Novo Código Florestal traz algumas alterações:

“Art. 3º. Para efeitos desta Lei entende-se por:

I - ...

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;”

“Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

...”

Fica claro que a lei refere-se a uma faixa, independentemente da existência ou não de vegetação nativa, sendo aplicável às áreas urbanas, do que se infere, inicialmente, que toda e qualquer área marginal descrita no dispositivo é APP.

Como se constata, a Lei 12.651/12 deixa claro que deva ser aplicada ao meio urbano e que as áreas de preservação permanentes devam ser protegidas conforme ali estabelecido.

Essa é a regra geral.

3.2. Fundamento constitucional e legal da proteção por meio de APPs

O fundamento constitucional para que sejam estabelecidas áreas de preservação permanente encontra-se no artigo 225 da Carta Magna, que atribui ao Poder Público, entre outros, a incumbência de definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos¹². Há hoje um arcabouço legislativo para esse fim, podendo ser citada a Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

¹² Art. 225, par. 1º., III



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Outra das formas de proteção previstas na legislação é a antes examinada, que delimita faixas protetivas dos cursos d'água naturais, com funções ambientais específicas.

Como vimos, desde o Código Florestal anterior (com alteração da redação original) essas faixas foram estabelecidas e delimitadas, no âmbito da legislação federal.

Ainda, também o Código Estadual do Meio Ambiente, Lei Estadual 11.520/2000, e a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, anteriores ao Código Florestal vigente, fazem referência a Áreas de Preservação Permanente.

Observa-se que na lei estadual, são consideradas de preservação permanente “*áreas de expressiva significação ecológica, amparadas por legislação ambiental vigente, considerando-se totalmente privadas a qualquer regime de exploração direta ou indireta dos Recursos Naturais, sendo sua supressão apenas admitida com prévia autorização do órgão ambiental competente quando for necessária à execução de obras, planos, atividades, ou projetos de utilidade pública ou interesse social, após a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)*”¹³;

Portanto, pela lei estadual, é necessário que exista uma “significação ecológica” para que se caracterize como “de preservação permanente”¹⁴.

Já nossa Lei Orgânica conceitua as áreas de preservação permanente levando em consideração seus atributos e funções essenciais, como pode se constatar do art. 245:

Art. 245 – Consideram-se de preservação permanente:

I – as nascentes e as faixas marginais de proteção de águas superficiais;

II – a cobertura vegetal que contribua para a resistência das encostas a erosão e a deslizamentos;

¹³ Art. 14, IX da Lei Estadual 11.520/00

¹⁴ Observação: A propósito das matas ciliares, sobre o que antes se referiu, o Código Florestal Estadual, Lei 9.519/92 proíbe sua supressão parcial ou total, salvo quando necessário à execução de obras, planos ou projetos de utilidade pública ou interesse social, mediante elaboração prévia de EIA-RIMA e licenciamento do órgão competente.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

III – as áreas que abrigam exemplares raros, ameaçados de extinção ou insuficientemente conhecidos, da flora e da fauna, bem como aquelas que servem de local de pouso, abrigo ou reprodução de espécies migratórias;

IV – as áreas assim declaradas por lei;

V – margens do rio Guaíba;

VI – as ilhas do Delta do Jacuí pertencentes ao Município. Parágrafo único – Nas áreas de preservação permanente não serão permitidas atividades que, de qualquer forma, contribuam para descaracterizar ou prejudicar seus atributos e funções essenciais.

Finalmente, em 2012, sobreveio o novo Código Florestal que, aplicado à área urbana, delimitou faixas marginais de proteção, independentemente da existência ou não de vegetação nativa, notoriamente visando a evitar ações que possam vir a descaracterizar essas áreas protetivas mediante o proposital desmatamento.

Sendo assim, pela lei federal superveniente, as faixas marginais, como regra geral, devem ser sempre protegidas e recuperadas, nos termos do artigo 4º. A exceção a essa regra só pode se dar mediante a constatação de que essa faixa (que se visa a proteger) jamais terá função ambiental protetiva atribuída pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico como um todo.

Isso pode se dar em razão do histórico dessas áreas¹⁵ e da irreversibilidade de sua situação fática consolidada o que, me parece, é o caminho para a solução que aqui se busca.

3.3. As resoluções CONAMA e pareceres da PGM sobre o tema

¹⁵ Historicamente, as cidades cresceram ao redor dos cursos d'água e a reversão, se fosse possível, por meio do desfazimento e destruição desse ambiente já construído ao longo da história, poderia ser mais danosa do ponto de vista da sustentabilidade (que abrange aspectos ambientais, sociais e econômicos).



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Compreendidas por alguns autores como fontes formais “secundárias” do Direito Ambiental¹⁶, as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente- CONAMA, têm seu poder normativo consagrado no art. 6º,II da Lei 6.938/81¹⁷. Embora não possam extrapolar os limites ditados pela legislação, têm poder regulatório e por muitos anos suas resoluções preencheram lacunas legislativas, apesar das críticas a respeito¹⁸.

O tema das áreas de preservação permanente foi abordado nas Resoluções CONAMA n. 302/02, 303/02 e 369/06, todas anteriores ao atual Código Florestal Brasileiro. As duas primeiras dispunham sobre parâmetros, definições e limites de APPs e a última sobre os casos excepcionais de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental que possibilitavam a intervenção ou supressão de vegetação em APPs.

Sobre o tema, temos o já referido Parecer 1090/04 que defendia a aplicação da Resolução CONAMA 303/02 para a definição da metragem da APP, uma vez que o Código Florestal anterior não previa a metragem. Considerando que o Novo Código Florestal estabelece qual é essa faixa, entendemos que o Parecer 1090/04 deva ser atualizado quanto a este aspecto, pois sua orientação dizia respeito ao período anterior à vigência da Lei 12.651/12.

Dali devem ser enfatizadas duas conclusões importantes, que passam a integrar também este parecer: a primeira, diz respeito à incidência histórica de várias legislações sobre áreas não edificáveis às margens dos cursos d’água, sendo que a metragem mais rigorosa¹⁹ foi

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental – Introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 352

¹⁷ Lei Federal n. 6.938/81: *Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:...* II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

¹⁸ O parecer PGM 1090/02 trata da função regulamentar das Resoluções CONAMA, e a ele nos reportamos para evitar repetições. Vide: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=33

¹⁹ Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:
I - em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de:
a) trinta metros, para o curso d’água com menos de dez metros de largura;



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

estabelecida pela Resolução CONAMA n. 303/02, de natureza ambiental, mais restritiva, em contraposição à então vigente Lei Federal n. 6.777/79²⁰, que estabelecia metragem às margens de cursos d'água em loteamentos. A segunda, é que o parecer indicou a aplicação da Resolução do CONAMA a partir de sua publicação²¹, mas também defendeu a aplicação do princípio da segurança jurídica, ressaltando que projetos apresentados antes da vigência da resolução, poderiam manter as metragens da legislação até então em vigor, salvo se o órgão ambiental entendesse ser necessária metragem maior por necessidade de preservação ambiental.

Importa também referir o Parecer PGM 1095/02²², que estabeleceu, na sequência, uma orientação ao licenciador, relativa à regularização de loteamentos e a norma no tempo, relativamente às metragens, da seguinte forma:

Até 1979: 5 metros

De dezembro de 1979 até maio de 2003: 15 metros

A partir de maio de 2003: 30 metros.

O parecer 1095/02 também teceu importantes considerações sobre áreas urbanas consolidadas, enfatizando que “em se tratando de regularização de situação consolidada não é recomendável exigir atualmente o cumprimento de regras que inexistiam à época da implementação do loteamento, exceto em situações excepcionais nas quais haja justificativa fática que indique a necessidade de deslocamento das edificações por segurança ou peculiaridade do manancial.

-
- b) cinquenta metros, para o curso d'água com dez a cinquenta metros de largura;
 - c) cem metros, para o curso d'água com cinquenta a duzentos metros de largura;
 - d) duzentos metros, para o curso d'água com duzentos a seiscentos metros de largura;
 - e) quinhentos metros, para o curso d'água com mais de seiscentos metros de largura;

²⁰ Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

...

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; [\(Redação dada pela Lei nº 10.932, de 2004\)](#)

²¹ Para o caso concreto a metragem observada de acordo com a Resolução CONAMA era de 30 metros, enquanto que a legislação federal relativa a loteamentos previa, até então, 15 metros.

²² De lavra da mesma Procuradora, também encontrado no site: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=33



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Portanto, o entendimento explicitado por nós na Informação n. 51/14 e que aqui é transformado em Parecer, não inova nesses aspectos, existindo entendimento consolidado desta Procuradoria, por meio de pareceres homologados, entre os quais os dois aqui referidos.

4. APP nas margens de cursos d'água – características e (des) caracterização das APPs

As APPs podem ser divididas em três grandes categorias: a primeira, como protetora de águas, a segunda, como protetora das montanhas e a terceira, como protetora de ecossistemas determinados²³.

A APP aqui examinada está na categoria das protetoras de águas e essa é uma das razões pela qual existe o dispositivo legal aqui estudado.

4.1. Características das APPs

Como demonstra Paulo Affonso Leme Machado, a APP tem pelo menos cinco características, a saber²⁴:

- é uma área e não mais uma floresta, que pode ou não estar coberta por vegetação nativa, podendo ser coberta por vegetação exótica.
- não é uma área qualquer, mas sim uma área protegida²⁵;

²³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros Editores. 22ª. Edição. São Paulo: 2014. P. 875

²⁴ MACHADO, Paulo Affonso. Op. Cit. P. 872/873

²⁵ Conforme art. 225 da CF, que dá incumbência ao Poder Público de definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua atribuição



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

- é área protegida de forma permanente, isto é, não é episódica, descontínua, temporária ou com interrupções. O termo “permanente” deve levar a um comportamento de todos no sentido de criar, manter ou recuperar a APP.
- é uma área protegida com funções ambientais específicas e diferenciadas: de preservação, de facilitação, de proteção e de asseguramento. As funções ambientais de preservação abrangem os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade. Visam a facilitar o fluxo gênico da fauna e da flora, a proteger o solo e a assegurar o bem-estar coletivo;
- a supressão indevida da vegetação na APP obriga o proprietário da área, o possuidor ou o ocupante, a qualquer título, a recompor a vegetação, tratando-se de obrigação real transmitida aos sucessores.

O problema que se impõe examinar é quando, no meio urbano, essas características inexistem, e faixa delimitadora estabelecida na lei federal, que é regra geral, não tem as desejadas funções, como foi o caso do trecho do Arroio Dilúvio, aqui já citado.

A cidade existente e historicamente consolidada apresenta diversas situações semelhantes, pelo que se conclui que a ausência de tratamento às APPs em área urbana pelo Código Florestal, examinada em item anterior deste parecer, impõe aos municípios que exerçam sua competência constitucional para suprir essa lacuna, em harmonia com o ordenamento jurídico vigente.

Sendo a norma do Código Florestal regra geral, são consideradas APPs as margens em torno dos corpos hídricos, conforme ali delimitado. A descaracterização dessas áreas só poderá ocorrer quando diversos fatores, dentre os quais os que examinaremos adiante, estiverem presentes simultaneamente.

4.2. (Des) caracterização das APPs - necessidade de interpretação da norma de forma sistêmica e não isolada



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Destarte, o dispositivo de lei federal de delimitação de APP aqui estudado não pode ser examinado de forma isolada, e sim de forma sistêmica, pois sua existência se justifica quando verificada a possibilidade de cumprimento da função a que se destina, na forma da lei. A existência da APP decorre do fato de que, na sua ausência, serviços ambientais deixariam de ser cumpridos. A APP é uma faixa de proteção e prestação de serviços ambientais e outros bens ambientais. Se inexistirem esses serviços e bens ambientais (que necessitariam da faixa de preservação para cumprirem suas funções ambientais), não há razão de imposição da observância dessa limitação.

Nesse sentido é a lição de Paulo Bessa Antunes²⁶:

*Definir áreas de preservação permanente (APP) é tarefa aparentemente simples, haja vista que o Novo Código Florestal dispõe de conceito normativo específico. De fato, o art. 3º, II, define APP como: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, **com a função ambiental** de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;”*

...

Os pressupostos anteriormente referidos se constituem em matéria de legalidade e devem estar presentes na área para que ela possa ser declarada como de preservação permanente. É o que se chama de função ambiental desempenhada pela área. O raciocínio ora desenvolvido encontra amparo na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que determina ao aplicador da lei levar em consideração os fins sociais da norma. No caso ora examinado, o fim social da norma, em meu ponto de vista, somente pode ser entendido como a proteção de áreas que efetivamente desempenhem funções ambientais tipificadas na lei.

(...)

Assim, deverão ser consideradas como APP aquelas listadas no artigo 4º, que efetivamente tenham uma função ambiental a desempenhar.

²⁶ ANTUNES, Paulo Bessa. *Comentários ao Novo Código Florestal*



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

(...)

A aplicação do art. 4º do Novo Código Florestal em áreas urbanas passa por uma preliminar inafastável que é a de saber se, de fato, a área cogitada preenche, simultaneamente, os requisitos acima arrolados. Na forma da Lei Complementar 140/2011, caberá ao órgão licenciador da atividade, no caso concreto, identificar a existência ou não da APP, no âmbito dos procedimentos de licenciamento ambiental, mediante parecer técnico fundamentado, e indicar se a função ambiental tratada pelo inciso II do art. 3º. do Novo Código Florestal existe ou não no caso concreto.

Também é essa a conclusão de Yara Maria Gomide Gouveia²⁷:

Evidentemente, considerando as disposições do Código Florestal, há uma presunção legal de que as faixas ou locais que se constituem em Áreas de Preservação Permanente elencadas em seu art. 4º, se destinam a garantir o cumprimento da função ambiental estabelecida. Entretanto, a partir da inclusão da definição de função a que se destina a APP na lei florestal, seu objetivo não pode mais ser ignorado. É princípio elementar de hermenêutica que a lei não contém nela palavras desnecessárias e que não se interpreta isoladamente os dispositivos de uma norma legal.

Avançando em nossa análise, portanto, deve-se verificar se a área que se pretende proteger é marginal a um curso d'água natural, intermitente ou perene, com função ambiental, devendo ser levados em consideração diversos fatores, adiante examinados.

4.2.1. Característica do bem a ser protegido

a) Curso d'água natural, perene e intermitente

²⁷ GOUVÊA, Yara Maria Gomide in *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651/12 e à Medida Provisória 571 de 25 de maio de 2012*. Coordenação: Edis Milaré e Paulo Afonso Leme Machado. 1ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Comentário ao art. 3º. Págs. 60/68.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

A lei federal atual se refere às *faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular.*

Cumpre um breve exame do significado desses termos e de suas interpretações.

Cursos d'água ou correntes de água²⁸ podem ser definidos como *massa de água escoando geralmente num canal superficial natural*²⁹. Também se encontram outras definições: *denominação para fluxos de água em canal natural para drenagem de uma bacia, tais como: boqueirão, rio, riacho, ribeirão ou córrego*³⁰. O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Porto Alegre³¹ define curso d'água como *a massa líquida que cobre uma superfície, seguindo um curso ou formando um banhado, cuja corrente pode ser perene, intermitente ou periódica.*

Cursos d'água intermitentes são aqueles que, *em geral, escoam durante as estações de chuvas e secam nas de estiagem. Nessa época, o lençol freático se encontra em um nível inferior ao do leito do rio, o escoamento superficial cessa ou ocorre somente durante, ou imediatamente após, as tormentas.*

Já **cursos d'água perenes** são aqueles *que contêm água durante todo o tempo, o lençol subterrâneo mantém uma alimentação contínua e não desce nunca abaixo do leito do rio, mesmo durante as secas mais severas.*³²

São excluídos os **cursos d'água efêmeros**, ou seja, aqueles que possuem escoamento superficial, apenas durante ou imediatamente após períodos de precipitação, ao redor dos quais não se estabelece faixa de proteção.

²⁸ Cid Tomanik Pompeu observa que enquanto os textos constitucionais e no Código de Águas adotou-se a denominação "corrente de água", nos textos administrativos empregou-se o vocábulo "curso d'água". O atual Código Florestal refere-se a curso d'água.

²⁹ Glossário de Termos Hidrológicos,. Comissão Brasileira para o decreto Hidrológico Internacional e Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, citado por Cid Tomanik Pompeu em *O Direito de Águas no Brasil*, RT Editora, São Paulo: 2006.

³⁰ Site: <http://www.semarh.se.gov.br/srh/modules/tinyd0/index.php?id=8>

³¹ LC 434/99, alterada pelas LC 646/10 e 667/11

³² Site: <http://www.semarh.se.gov.br/srh/modules/tinyd0/index.php?id=8>



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Nos casos concretos, na maioria das vezes surge a dúvida se, quando os cursos d'água não tiverem exatamente essas características, a área em questão pode ser caracterizada como APP, pois não se trata propriamente de uma marginal de um curso d'água natural, perene e intermitente.

b) Curso de água “não natural”

Não há dúvidas de que a proteção estabelecida no art. 4º. incide, de modo geral, sobre cursos d'água naturais. O questionamento que se faz neste ponto é se os cursos d'água que foram retificados, canalizados ou desviados, são enquadrados como naturais, exigindo a proteção, ou se poderiam ser caracterizados como “não naturais”, e sendo assim, se esse enquadramento excluiria a regra de proteção. Se isso ocorrer, a área urbana terá forte diminuição de incidência de cursos d'água para fins de proteção de APPs pois, no exemplo de Porto Alegre, grande parte desses cursos sofreu intervenção.

Essa definição é eminentemente técnica, de áreas de conhecimento como, por exemplo, a hidrologia e naquele âmbito deve ser dada a solução.

No âmbito jurídico encontramos a diferenciação que o Desembargador Wellington Pacheco de Barros faz entre *curso d'água* como sendo a denominação para fluxos de água em canal natural para drenagem de uma bacia, tais como boqueirão, riacho, rio, ribeirão ou córrego e *curso de água*, que é o canal natural ou artificial através do qual a água pode fluir³³.

Se é correta essa diferenciação, a Lei estaria se referindo exclusivamente aos fluxos d'água em canal natural, o que já resolveria parte do questionamento a ser feito. No entanto,

³³ BARROS, Wellington Pacheco. *A água na versão do direito*. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Departamento de Artes Gráficas. Porto Alegre: 2005. Glossário página 161.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

até que seja esclarecida essa dúvida, que é de outras áreas que não o direito, impõe-se que o exame jurídico vá além.

Ademais, ainda que a solução técnica aponte para a descaracterização de um curso d'água como natural, a análise do problema não pode ocorrer de modo isolado, isto é, não pode ser excluída a incidência de APP simplesmente por não se tratar de curso d'água natural, devendo ser verificadas também outras características e funções da área enfocada, sempre lembrando que a interpretação dos dispositivos legais deve se dar de modo sistêmico.

4.2.2. A função ambiental da faixa de proteção

Uma das principais características da APP é tratar-se uma área protegida com funções ambientais. Ainda que a Lei ao definir APP expressamente se refira a uma área, a uma faixa marginal, independentemente da existência ou não de vegetação nativa, a fundamentação técnica e científica para a exigência de uma faixa mínima de 30 metros para todos os cursos d' água é a adoção de faixas fixas de mata ciliar, visando a reduzir os impactos negativos sobre os recursos hídricos:

Estudos científicos comprovam a necessidade de uma faixa mínima de proteção dos corpos de água da ordem de 30 metros. Em contrapartida não se identifica, na literatura, nenhum estudo consistente que rejeite a hipótese da necessidade dessas áreas ou mesmo aponte para faixas de menor extensão. A crença de que as dimensões estabelecidas na atual lei 4.771/65 foram decididas empiricamente, não é verdadeira em virtude do conhecimento científico produzido à época, quando, a dimensão mínima da área de preservação permanente ao longo dos rios, que originalmente na lei 4.771/65 era de 5m, passou para 30m com o advento da lei 7.803/89. A partir da década de 1980, muitos trabalhos foram desenvolvidos em diferentes países com objetivo de estabelecer largura mínima da vegetação ripária para proteção dos recursos hídricos, estudos esses que podem ter subsidiado a mudança do Código Florestal no que diz respeito às áreas de preservação permanente. A princípio, convém salientar que, dentre as funções exercidas pelas matas ciliares, existem aquelas relacionadas à proteção dos recursos hídricos, que são principalmente a



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

estabilização de taludes e encostas, manutenção da morfologia do rio, retenção de sedimentos e nutrientes, proteção contra inundações e regulação da temperatura da água. Na estabilização de taludes, o sistema radicular da vegetação ciliar, além de dificultar o cisalhamento do solo, forma uma rede de canais que permitem a interação da vazão com a margem, ou seja, a água fluvial consegue percolar no solo marginal, reduzindo a taxa de erosão e permitindo, conseqüentemente, a estabilização da margem (DAVIDE et al., 2002). A mata ciliar também funciona como tampão e filtro entre os terrenos mais altos e o ecossistema aquático, participando do controle do ciclo de nutrientes na bacia hidrográfica, através de ação tanto do escoamento superficial quanto da absorção de nutrientes do escoamento sub-superficial pela vegetação ciliar; atua na diminuição e filtragem do escoamento superficial impedindo ou dificultando o carreamento de sedimentos para o sistema aquático, contribuindo, dessa forma, para a manutenção da qualidade da água nas bacias hidrográficas; promove a integração com a superfície da água, proporcionando cobertura e alimentação para peixes e outros componentes da fauna aquática; através de suas copas, intercepta e absorve a radiação solar, contribuindo para a estabilidade térmica dos pequenos cursos d'água. ³⁴

As **matas ciliares**, também conhecidas como matas de galeria, matas de várzea, vegetação ripária ou formação ribeirinha, “são formações vegetais que se encontram associadas aos corpos d’ água, independentemente de sua área ou região de ocorrência”, e desempenham um importante papel na proteção dos recursos hídricos e no desenvolvimento dos processos ambientais, dos quais se destacam alguns entre tantos outros:³⁵

- Proteção de ribanceiras da erosão e do assoreamento dos recursos hídricos;

³⁴Trecho extraído da Nota Técnica nº 12/2012/GEUSA/SIP-ANA, de lavra de Devanir Garcia dos Santos,

Gerente de Uso sustentável da Água e do Solo da Agência Nacional de Águas, de 09/05/2012. Fonte: http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20120509_NT_n_012-2012-CodigoFlorestal.pdf

³⁵ FONTE: Diretrizes ambientais para restauração de matas ciliares. SEMA/DEFAP. Porto Alegre:2007



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

- Funcionamento como um filtro, impedindo ou dificultando o carreamento de sedimentos para o sistema aquático, retendo poluentes e outros sedimentos;
- Contribuição para o equilíbrio térmico das águas;
- Fonte de alimento e refúgio para a fauna e beneficia a flora;
- Atuação como corredor ecológico;
- Auxílio na infiltração das águas da chuva no solo, contribuindo para o abastecimento do lençol freático;
- Ação reguladora das características químicas e físicas das águas, assegurando a perenidade das fontes e olhos d'água³⁶;

Portanto, ainda que o Novo Código Florestal tenha sido claro ao dizer que a APP é uma faixa que independe da existência de vegetação nativa, isso deve ser interpretado como uma norma que visa à proteção ou recuperação, quando e onde isso seja possível e ambientalmente eficaz, para que a faixa protetiva possa exercer as suas funções ambientais.

4.2.3. Antropização do curso d'água e de suas margens no Município de Porto Alegre

Como ocorreu na maioria das cidades, a ocupação de Porto Alegre deu-se em função dos seus recursos hídricos. Das narrativas feitas sobre os primórdios da colonização, a partir de 1640, vê-se a ênfase na ocupação ribeirinha e, mais tarde, em 1732 a ocupação feita em Porto Alegre tendo como referência as margens dos riachos e arroios³⁷:

³⁶ Lista não exaustiva. Para demais: vide *Diretrizes ambientais para restauração de matas ciliares, da SEMA/DEFAP, antes referido.*

³⁷ Trecho extraído do site: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/observatorio/usu_doc/historia_de_porto_alegre.pdf



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Eram 3 estâncias, ocupando cada uma área equivalente a mais de 13 mil hectares. Essas estâncias se estendiam, de norte a sul, desde o Rio Gravataí até o Arroio do Salso, tendo como limite ocidental o Rio Guaíba. As sesmarias de Jerônimo de Ornellas e Sebastião Chaves eram divididas pelo Arroio Dilúvio, que já teve nomes diferentes em cada trecho: do Sabão, do Dilúvio, da Azenha, do Riacho e, finalmente, do Riachinho, ao se aproximar do rio. As terras de Sebastião Chaves e as de Dionysio Mendes possuíam como limite o Arroio Cavalhada.

Desde a época da colonização até os dias atuais, o modelo de ocupação territorial estabelecido sempre teve como referencial a proximidade de aglomerados urbanos aos corpos hídricos e suas margens, por vários motivos: abastecimento de água, transporte, fonte de alimentação direta, entre outros. Portanto, a ocupação das margens dos cursos d'água no meio urbano de Porto Alegre, a exemplo de inúmeras outras cidades, é uma realidade há séculos, que deve ser enfrentada.

Conforme a Atlas Ambiental de Porto Alegre³⁸, no nosso Município podem ser delimitadas 27 sub-bacias hidrográficas, cuja demarcação leva em conta critérios topográficos, em áreas menos urbanizadas, e de planejamento operacional, em áreas densamente habitadas, onde os arroios originais encontram-se canalizados e incorporados ao sistema de esgotamento pluvial da cidade.

As sub-bacias situadas na região norte e central do Município possuem características urbanas e alta densidade populacional³⁹. Na medida em que avançam para a região sul, as sub-bacias tornam-se progressivamente menos ocupadas, sendo as mais expressivas, em área, as sub-bacias do Arroio do Salso e do Lami.

³⁸ Atlas Ambiental de Porto Alegre. Coordenado por Gualdo Menegat, Maria Luíza Porto, Clóvis Carlos Carraro e Luís Alberto D'Ávila Fernandes. Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 1998.

³⁹ Por tratar-se de uma informação de cunho jurídico, as informações científicas são trazidas para contextualizar o tema e por isso não houve uma confirmação sobre a sua atualização/retificação após a publicação do Atlas Ambiental, de 1998, podendo ocorrer alguma diferença de dados sobre as sub-bacias e dos demais relativos à geografia ou hidrografia, que eventualmente tenham sido descobertas, alteradas ou retificadas, o que em nada afetará as manifestações de ordem jurídica aqui constantes.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Na Informação n. 51/2015, foi examinada a sub-bacia do Arroio Dilúvio que é a segunda maior⁴⁰, sendo a mais importante de Porto Alegre, segundo a Atlas: “através dela escoam águas de uma área com 83,74 km² densamente habitada: 446 mil habitantes, representando cerca de um terço da população total”⁴¹, com densidade populacional de 6.417 habitantes/km²⁴².

No caso do Arroio Dilúvio, pelas informações científicas colhidas, construímos uma orientação jurídica que levava em consideração os três estágios morfológicos do Arroio, a partir do que se podia definir um trecho em que ocorreu inequívoca descaracterização da faixa marginal como área de proteção, ou APP, em virtude das ocorrências de uma série de fatores, entre os quais ser curso d’água totalmente antropizado.

No entanto, como se viu antes, há 27 sub-bacias, muitas das quais foram antropizadas desde os primórdios da colonização de Porto Alegre, sendo que algumas delas têm também alta densidade populacional, como é o caso da Sub-Bacia da Ponta da Serraria, que, com uma área de 0,10 km², tinha uma densidade populacional calculada de 11.192 habitantes por km²⁴³ ou a Sub-Bacia do Arroio Passo das Pedras, com uma densidade populacional de 5.081 habitante por km² (área de 32,54 km² para 165.314 habitantes).

Vários trechos dessas sub-bacias encontram-se canalizados, alterados ou retificados há muito tempo pelo próprio Poder Público, como se demonstrou na Informação 51 antes referida, com o histórico do Arroio Dilúvio. No entanto, para que o curso d’água seja considerado antropizado, é necessário que se busquem critérios objetivos.

No Município de Florianópolis, uma comissão criada pela PGM em 2014, com a finalidade de emitir posicionamento técnico sobre a Lei 12.651/2012 e suas implicações, elaborou uma minuta de Decreto contendo um Anexo com critérios de identificação e caracterização de cursos d’água que classificou o curso d’água como antropizado quando

⁴⁰ A maior sub-bacia é a do Arroio do Salso

⁴¹ Atlas Ambiental de Porto Alegre, pág. 39.

⁴² Fonte IBGE 1991, citada no Atlas.

⁴³ Fonte IBGE 1991, citada no Atlas.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

tiver ocorrido⁴⁴: Remoção do revestimento natural, com colocação ou substituição de revestimento na seção natural; Remoção da vegetação das margens do leito, Remoção da camada natural de sedimentos presentes no leito do curso d'água, Mudança nas declividades do taludes; Reconfiguração da forma, que pode ser em trechos ou em toda extensão; Desvio parcial do fluxo em um trecho de curso d'água para uso consuntivo ou não consuntivo da água⁴⁵; Presença de tubulação.

Sugerimos que esses aspectos sejam considerados também para que seja avaliado o corpo hídrico em questão, no enfrentamento dos casos concretos, na hipótese de não haver um estudo técnico que possa subsidiar a análise.

4.2.4. Área Urbana Consolidada

Existem áreas do Município em que a antropização dos recursos hídricos e de suas margens resta consolidada e para que isso seja constatado também é necessária a existência de critérios objetivos.

A Lei 12.651/12 diz, em seu artigo 3º, inciso XXVI que área urbana consolidada é aquela de que trata o inciso II do caput do art. 47 da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009 que, por sua vez, reza o seguinte:

I – área urbana consolidada: parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha,

⁴⁴ Não temos ciência sobre a publicação do decreto. O que se traz aqui são informações resultado de um trabalho técnico desenvolvido em Florianópolis com vistas à edição de tal norma.

⁴⁵ *Usos consuntivos da água:* referem-se aos usos que retiram a água de sua fonte natural diminuindo suas disponibilidades, espacial e temporalmente. Ex: dessedentação de animais, irrigação, abastecimento público, processamento industrial, etc.

Usos não-consuntivos da água: referem-se aos usos que retornam à fonte de suprimento, praticamente a totalidade da água utilizada, podendo haver alguma modificação no seu padrão temporal de disponibilidade. Ex: navegação, recreação, piscicultura, hidroeletricidade, etc.

Fonte: <http://fontehidrica.blogspot.com.br/2011/11/agua-uso-consuntivo-e-nao-consuntivo.html>



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados:

- a) drenagem de águas pluviais urbanas;*
- b) esgotamento sanitário;*
- c) abastecimento de água potável;*
- d) distribuição de energia elétrica; ou*
- e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos;*

Portanto, para avaliação que aqui se propõe, esses aspectos também devem ser considerados, conjuntamente com os demais.

4.2.5. Áreas de risco

Uma das importantes funções antes referidas comporta destaque, que é a de proteção e contenção, evitando riscos de erosão e assoreamento. Muitas edificações estão em áreas consideradas de risco, evidentemente consideradas impróprias para ocupação e edificação. Sendo assim, mesmo que a área tenha sido antropizada, e seja consolidada, em existindo risco, sem alternativa técnica possível e economicamente viável para o responsável, o Poder Público tem o dever/poder de determinar a remoção das edificações, por segurança e peculiaridade do bem ambiental protegido, independentemente de direito adquirido ou questões afetas à segurança jurídica⁴⁶.

4.2.6. Possibilidade de recuperação e restauração de vegetação ribeirinha

Como corolário lógico da premissa de que se deva proteger uma faixa marginal aos cursos d'água naturais, deve-se objetivar a recuperação e a restauração das formações ribeirinhas, da mata ciliar, que tem a função ambiental de proteção do recurso hídrico. Essa a razão para que se delimite uma faixa protetora.

⁴⁶ Nesse sentido também a orientação dos Pareceres PGM antes referidos, entre outros.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Segundo a cartilha antes citada⁴⁷, “para o êxito de um programa de restauração de matas ciliares é necessária a avaliação das atuais condições do local, tais como topografia, clima, regime hídrico, tipo de solo, fertilidade natural e graus de degradação, entre os quais se destacam processos erosivos, atividades antrópicas e circunvizinhas, presença de pragas e capacidade de regeneração natural...Na implantação de projetos visando à restauração de matas ciliares, a melhor alternativa é aquela que contempla a microbacia hidrográfica como unidade de trabalho.

Como atividades recomendadas para a recuperação de formações ciliares, tem-se o isolamento da área (em especial quando a área ainda mantém potencial de auto-regeneração/resiliência), a retirada dos fatores de degradação (corte, desmatamento, uso de fogo etc), eliminação seletiva dos desbaste de espécies competidoras, adensamento e enriquecimento de espécies, entre outros.

Portanto, para a análise que aqui se faz, entendemos pertinente saber se a área de preservação permanente delimitada pelo texto legal apresenta mínimas condições de recuperação ou restauração, para que tenha sua função ambiental desempenhada.

Dessa forma, a exemplo do caso da Avenida Ipiranga, sobre o qual versou a informação n. 51/2041, quando constatado que a recuperação ou restauração da área delimitada implicaria a destruição de via pública, edificações e equipamentos há anos consolidadas, gerando impactos de toda a sorte, o que do ponto de vista ambiental seria um desastre⁴⁸, a faixa delimitada pela lei federal, não teria razão de ser.

4.2.7. Critério temporal e irreversibilidade

⁴⁷ Diretrizes ambientais para restauração de matas ciliares.

⁴⁸ Sempre tendo em mente que por ambiente se entende não apenas o ambiente natural, mas também o construído. Neste sentido o já clássico conceito de José Afonso da Silva: “O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”
SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Outra importante consideração a ser feita diz respeito ao tempo transcorrido desde que ocorreu a descaracterização e da impossibilidade de reversão das obras já realizadas no local a ser examinado. No caso examinado na Informação 51/14 tantas vezes referida aqui, no trecho final do Arroio Dilúvio verifica-se uma área urbana consolidada, com margens e curso d'água antropizados, canalização, retificação, construção de vias públicas e edificação no trecho examinado há longa data (pelo menos desde o início do século passado).

Esse somatório de fatores me permitiu concluir que a reversão desse quadro seria insustentável do ponto de vista econômico e social, sendo danoso até mesmo do ponto de vista da sustentabilidade, pois acarretaria uma destruição maciça do ambiente construído ao longo dos anos.

Ao enfrentar um caso concreto, deve o licenciador ou fiscal levar em consideração o tempo e avaliar se é possível a reversão da situação encontrada.

Impõe-se, no entanto, o estabelecimento de critérios mais objetivos, que norteiem o licenciador.

Um dos critérios claros que já existe na orientação da PGM, notadamente nos pareceres antes referidos, pode ser ampliado para o exame que aqui se pretende fazer, sendo permitidas algumas conclusões desde já:

a) hipóteses em que o pedido de licenciamento edilício se dá em terreno inserido em loteamento devidamente aprovado pelo Poder Público:

Quando houver loteamentos regulares aprovados pelo Poder Público anteriores ao Código Florestal, entendemos não ser obrigatória a aplicação das metragens do Código Florestal estabelecidas no art. 4º, como não era, para os casos anteriores, as da Resolução CONAMA 303/02, salvo se o órgão ambiental entender necessária a observância da regra por segurança ou identifique função ambiental evidente que imponha a remoção ou impedimento de edificação no local que, pela nova lei, passou a estar inserido em faixa de APP. Há inúmeros casos de terrenos pertencentes a loteamentos aprovados que estão às margens de recursos hídricos. No entanto, a lei vigente à época de sua aprovação permitia a



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

ocupação dessas áreas e assim o loteamento se configurou e se consolidou. Muitos proprietários pretendem demolir e reconstruir, reformar ou pela primeira vez edificar, e se deparam com a delimitação da DMWeb. Entendemos plausível a possibilidade de licenciamento, salvo se o órgão ambiental entender que, pela particularidade do local, a faixa está sujeita à proteção, por existir clara função ambiental e/ou não ter ainda sido antropizada.

Sugerimos que nas áreas já consolidadas e onde não exista clara função ambiental, seja considerada, na análise, a orientação dada no Parecer 1095/02 e, aplicando-se a metragem de APP prevista à época da implantação do loteamento regular, como por exemplo: 5 metros antes de 1979, 15 metros de dezembro de 1979 até maio de 2003 e 30 metros a partir de maio de 2003, persistindo 30 metros a partir da vigência do Código Florestal, para as hipóteses ali descritas no art. 4º, I, aqui examinado.

b) hipóteses em que o pedido de licenciamento edilício se dá em terreno em que já havia edificação regular, em área urbana consolidada

Pelo mesmo raciocínio anteriormente desenvolvido, entendemos eventuais reformas, ampliações, refazimento de edificações em áreas consolidadas em que já existiam edificações autorizadas pelo Poder Público pelas normas anteriores vigentes, não há que se falar em delimitação de APP, salvo se o órgão ambiental entender que a remoção da edificação ou impedimento de construção é relevante ou necessário do ponto de vista ambiental e de segurança.

c) hipóteses em que o pedido de licenciamento edilício tiver como objetivo regularizar edificação, em área urbana consolidada

Há muitos casos de edificações existentes em áreas urbanas consolidadas e que nunca foram regularizados. É de interesse do Poder Público que essas edificações entrem para a cidade formal, dentro de regras urbano-ambientais, em especial o Plano Diretor. Muitas delas estão nas áreas delimitadas pelo Código Florestal e é neste caso que a análise do órgão ambiental deve ser mais criteriosa ainda. Além de todas as características antes examinadas, entendemos que alguns critérios objetivos possam ser observados, entre os quais a regra do



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

art. 159-B do Plano Diretor Urbano Ambiental, Lei 434/99 e alterações posteriores que reza o seguinte:

***Art. 159–B.** As edificações comprovadamente existentes há mais de 20 (vinte) anos, pelos registros dos cadastros do Município ou por documentos comprobatórios, serão consideradas existentes e terão direito sobre a respectiva área, devendo atender à legislação vigente somente na área a construir e à legislação de incêndio e ambiental na totalidade da edificação. (incluído pela L.C. nº 646, de 22 de julho de 2010).*

Dessa forma, o licenciador, ao receber um pedido de regularização de um imóvel que há mais de 20 anos ocupe uma área que hoje está delimitada como de APP, deve levar esse fato em consideração, podendo autorizar a regularização, salvo se entender que a remoção ou deslocamento da edificação seja necessário para fins ambientais e de segurança.

c) Marco temporal para áreas urbanas consolidadas

Outro critério temporal que deve ser perseguido diz respeito ao marco temporal para que se considere uma área urbana como consolidada. Do contrário, um entendimento como o deste parecer poderia significar um incentivo à invasão e consolidação de novas áreas, o que evidentemente deve ser evitado.

O Código Florestal não estabelece esse marco. Por outro lado, considera área rural consolidada a área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22/07/2008 (art. 3º, IV), critério temporal que também é utilizado em outros dispositivos da mesma lei, como por exemplo, no art. 7º, parágrafo 3º, razão pela qual é razoável que se utilize o mesmo critério como marco para solução de outros conflitos, não enfrentados diretamente pelo Código Florestal, mas que se apresentam no meio urbano, como o aqui enfocado.

Sendo assim, sugere-se que na interpretação do caso concreto se utilize o mesmo marco, ou seja, que se verifique se a ocupação antrópica é preexistente a 22/07/2008, e se a área urbana onde se situa o terreno em questão já era consolidada naquela data. Embora seja uma data que estabelece um marco fictício, esse marco é de extrema importância para evitar que danos ocorram às áreas que verdadeiramente devam ser protegidas. Isso porque se dissermos apenas que onde há área antropizada e consolidada inexistente APP, isso poderá motivar ações visando à sua antropização e consolidação. É necessário proteger e preservar os cursos d'água que ainda podem ser protegidos, restaurar e recuperar o que é possível e



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

que possa trazer benefícios ambientais. Por isso, de forma alguma deve se incentivar a ocupação de margens de cursos d'água, até porque vedado por lei. O que se pretende aqui, por meio deste parecer, é interpretar a lei, considerando-se a cidade existente, real, viável do ponto de vista urbano-ambiental. O caso do Arroio Dilúvio antes estudado dá conta de que em determinados casos a situação tornou-se irreversível. A recomposição do estado anterior de suas margens traria um impacto urbano-ambiental indesejável, se considerarmos outros aspectos importantes de sustentabilidade, como, por exemplo, a mobilidade urbana.

4.3. Afastamento da regra geral do código florestal quando descaracterizada a APP

A doutrina frequentemente versa sobre o tema da excepcionalidade da intervenção em área de preservação permanente, e muito se discutiu acerca dos pressupostos para essa intervenção. A ênfase é sempre no caráter excepcional, sendo que a lei previu as hipóteses de utilidade pública e interesse social, além de dispor especificamente sobre a regularização fundiária nos arts. 64 e 65 (regularização fundiária de interesse social e de interesse específico).

Como bem assevera Adriano Andrade de Souza⁴⁹:

Desse modo, é necessário que se evitem ao máximo as atividades humanas em áreas de preservação permanente, para que não se comprometam suas funções ecológicas e não se levem a risco de extinção as espécies da fauna e da flora nelas existentes, risco, aliás, nada desprezível em razão do alto endemismo que caracteriza tais espaços ambientais.

Por tudo isso, é imperioso concluir que a intervenção antrópica em APP, tanto à luz da Declaração de 1972, como dos comandos de nossa carta republicana, somente se justifica em caráter excepcional, sob pena de se comprometerem os processos ecológicos essenciais, a integridade e a diversidade do patrimônio ecológico do país, e as funções ecológicas da fauna e da

⁴⁹ Souza, Adriano Andrade de. *Inexistência de alternativa técnica e locacional. Pressuposto inafastável para a intervenção em APP.*



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

flora, o que, em última instância, poria em risco a vida e a qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

O tema que abordamos aqui, no entanto, não é uma hipótese excepcional de intervenção em APP, mas, de modo geral, de não incidência da norma, quando não existir suporte fático, como foi o exemplo do Arroio Dilúvio, em que não mais existe o curso d'água natural nem a área que possa exercer a desejada proteção.

Essa situação já vem sendo enfrentada em outras importantes cidades, podendo ser dado o exemplo de uma situação semelhante em São Paulo: Em um empreendimento localizado no córrego Aricanduva, foi feita consulta à CETESB (Companhia Ambiental do Estado de São Paulo) pelo interessado. Em resposta à consulta, o Diretor da CETESB diz que tem sido o entendimento daquela Companhia que “em áreas urbanas antropizadas, corpos d'água que tenham sido objeto de intervenção com vistas à sua canalização, descaracterizando-o com relação ao leito original e nos quais as funções ambientais da APP tenham sido comprometidas, não há que se falar em APP, nos termos da Lei 12.651/12”⁵⁰.

Evidentemente, para que ocorra essa constatação, há diversos requisitos fáticos e técnicos a serem preenchidos, entre os quais mas não somente os aqui antes elencados, que poderão levar à conclusão de que, em determinados locais, nas faixas delimitadas em cursos d'água, não incidirá o art. 4º. do Código Florestal.

Portanto, de modo geral, quando se tratar de área urbana consolidada⁵¹ com curso d'água e entorno atropizado pelo menos antes de 22/07/2008, ocupado por construções existentes, ruas e avenidas, sem as funções ambientais estabelecidas na Lei 12.651/12 a saber:

- (a) preservação de recursos hídricos - corpo d'água canalizado e ocupado em toda a sua extensão
- (b) paisagem – local totalmente ocupado e descaracterizado
- (c) estabilidade

⁵⁰ Ofício n. 27/13, firmado pelo Diretor da CETESB, Geraldo do Amaral Filho, datado de 18 de fevereiro de 2013, cuja cópia foi entregue a esta PGM pelo interessado em um empreendimento em Porto Alegre em área semelhante ao caso em exame. Documento em anexo.

⁵¹ Conforme conceito da Lei 11.977/09



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

geológica e proteção do solo (e) biodiversidade e fluxo gênico de fauna e flora – não há recursos a serem protegidos nem tampouco a serem recuperados. O próprio sistema viário e construtivo historicamente implementado terá eliminado essa função ambiental⁵².

5) Jurisprudência

Já há importantes decisões judiciais que corroboram o que aqui é exposto, a primeira ainda sob a égide do Código Florestal anterior e as demais já considerando a nova lei, a saber:

Relator(a): Torres de Carvalho

Comarca: Ribeirão Pires

Órgão julgador: Câmara Especial de Meio-Ambiente

Data do julgamento: 20/10/2011

Data de registro: 22/11/2011

Apelação Cível: 0001738-56.2006.8.26.0505

Ementa: AÇÃO AMBIENTAL. Ribeirão Pires. Posto de combustíveis. Margem do Ribeirão Pires. Construção em área de preservação permanente. Dano ambiental. Nulidade das licenças ambientais. Demolição. Peculiaridades. - 1. Área de preservação permanente. Área urbana. Legislação. A localização do imóvel em área urbana não dispensa a observância da LF n° 4.771/65. A proteção legal dispensada pelo Código Florestal, por ser mais restritiva, se sobrepõe a eventuais disposições mais permissivas emanadas dos entes públicos, atendendo à finalidade protecionista da norma ambiental. Inteligência da parte final do art. 2o, § único do Código Florestal - 2. Construção. Área de preservação permanente. A área de preservação deve ser conservada, não ocupada. No entanto, o caso concreto oferece peculiaridades que não podem ser desconsideradas. A área de preservação permanente às

⁵² Por outro lado, pelas mesmas razões, quando se tratar de área de risco, independentemente de haver situação consolidada, a delimitação se impõe.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

margens do Ribeirão Pires foi descaracterizada a partir do momento em que o ribeirão foi canalizado, com impermeabilização das margens e abertura da Avenida Brasil, que confina o ribeirão de ambos os lados. No caso, a perda da função ambiental da área de preservação permanente, decorrente da organização da cidade justifica a manutenção da ré no local pretendido. As licenças ambientais são válidas e ficam mantidas - Procedência. Recurso do autor desprovido. =

Relator(a): Torres de Carvalho

Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente/TJSP

Data do julgamento: 24/04/2014

Data de registro: 25/04/2014

Apelação Cível n. 0033710-23.2008.8.26.0554

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. Guarulhos. Córrego dos Cubas. Demolição das construções efetuadas em área de preservação permanente. 1. Mata ciliar. Área de preservação permanente. Zona urbana. A discussão sobre a aplicação do Código Florestal à zona urbana foi afastada pela LF nº 12.651/12. Nos termos do inciso II do art. 1º da LF nº 4.771/65 e do art. 3º II da LF nº 12.651/12, a área de preservação permanente, coberta ou não por vegetação nativa, tem a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas. As áreas protegidas não cumprem sempre as sete funções, mas aquelas às quais se destina; no caso presente, as matas ciliares visam à preservação dos recursos hídricos (evitar o assoreamento e manter a qualidade da água), a estabilidade geológica (evitar a erosão e o consequente assoreamento), com a função paralela (mas não a principal) de assegurar a biodiversidade e o fluxo gênico de fauna e flora. Na área urbana, a mata ciliar protege os recursos hídricos e, de modo secundário, as demais funções; pode-se dizer que a proteção dos recursos hídricos é a principal função

PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

Av. Siqueira Campos, 1300, 12º andar CEP: 90010-001

pgm@pgm.prefpoa.com.br – 3289-1409



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

ambiental da mata ciliar urbana. 2. Mata ciliar. Área de preservação permanente. Zona urbana. Função. Não vejo como atribuir à faixa ao longo do córrego canalizado, isolado da natureza, recomposta em florestas ou não, a função ecológica primitiva. A mata protetora nada protegerá, uma vez que as águas foram isoladas e não têm, nesse trecho, contato algum com a natureza; e não há sentido maior em impedir a ocupação que se amolde ao Plano Diretor e às posturas urbanas dos terrenos localizados depois da rua, se esta própria permanece onde está com o impacto ambiental que lhe é próprio. São circunstâncias que levam a uma flexibilidade do uso das áreas de preservação permanente na área urbana, conforme a Câmara Ambiental reconheceu em ocasião anterior. Procedência. Reexame e recurso do Município providos para julgar a ação improcedente. =

Relator(a): Antônio Carlos Villen

Comarca: Santo André

Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público/TJSP

Data do julgamento: 18/02/2013

Data de registro: 20/02/2013

Ementa: AÇÃO DEMOLITÓRIA. Município de Santo André. Área de preservação permanente e faixa non aedificandi. APP descaracterizada pela canalização do córrego existente no local. Edificação que não impede o acesso ao córrego canalizado. Ação improcedente. Recurso não provido.

Relator(a): César Abreu

Comarca: Joinville

Órgão julgador: TJSC

Data do julgamento: 03/12/2013

Agravo de Instrumento n. 2013.005497-9



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Negativa de liminar em mandado de segurança. Direito ambiental. Licença para construir próximo ao rio cachoeira, distante aproximadamente 36 metros de sua margem. Imposição genérica do novo código florestal de distância mínima de 50 metros (art. 4º, i, -b-, da lei n. 12. 651, de 25 de maio de 2012). Área urbana consolidada. Imóvel cercado por edificações e que confronta com via pública de intenso tráfego antes de qualquer aproximação com as margens do rio. Joinville, -cidade concreta-, nascida à beira do rio cachoeira. Soluções urbanísticas e ambientais que não dispensam um juízo de ponderação e atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Mata ciliar inexistente. Descaracterização das áreas de entorno. Função ecológica afastada, como ainda inviabilizada, pela multiplicidade de construções e presença de equipamentos urbanos e comunitários, qualquer possibilidade de recuperação da área de preservação permanente, considerada como um todo ao longo das faixas marginais do curso d'água. Construção admitida, cumpridas às demais exigências da legislação municipal. Recurso parcialmente provido.

6. Orientação para a solução do problema

Na já referida Informação n. 51/2014, entendemos que o último trecho do Arroio Dilúvio, pelas características fáticas e históricas apresentava faixa marginal totalmente descaracterizada, e defendemos a não aplicação do art. 4º, I do Código Florestal para aquele trecho. Sendo assim, não podemos ignorar que em casos análogos a conclusão deva ser a mesma, podendo o licenciador lançar mão dessas informações para motivar atos administrativos de deferimento ou indeferimento de licenças.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

No entanto, considerando a relevância da matéria, entendemos que a solução não deva ser casuística. Assim, embora parte da doutrina aqui referida⁵³ indique possível que o licenciador faça a avaliação sobre os requisitos sobre os quais se versou antes, há também advertência da doutrina em outro sentido, como se vê no que ensina Paulo Affonso Lemes Machado:

*“A APP é considerada existente, ou como devendo existir, desde que haja a ocorrência de determinadas situações fáticas. Não é necessária a emissão de qualquer ato do Poder Executivo (Federal, Estadual, do Distrito Federal ou Municipal) para que haja uma APP nos moldes previstos pelo art. 4º. da Lei. Há autoaplicabilidade da própria lei, não se exigindo regulamentação para sua efetividade nos casos desse artigo. Se dúvidas surgirem, serão problemas de medição, pois a localização e as obrigações de manutenção, de reparação, de uso, ou até a possibilidade de supressão de vegetação, decorrem da própria lei.”*⁵⁴

Para ele “o dimensionamento da APP, que tem seu conteúdo incluído no direito de propriedade, é matéria reservada exclusivamente ao Poder Legislativo. Portanto, não cabe ao Poder Executivo, em qualquer modalidade de sua atividade – decreto, portaria, instrução ou resolução – criar e alterar medidas de APP”.

Assim, entendemos que a melhor solução jurídica é a elaboração de lei municipal e o zoneamento ambiental, sobre o que versaremos adiante.

6.1. Edição de normas municipais

Embora o Código Florestal seja lei federal e contenha a regra geral em matéria de APPs, o Município tem competência para editar normas específicas, adequadas à cidade existente.

⁵³ Vide textos referidos nas notas 26 e 27

⁵⁴ Op. Cit. P. 873



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Sobre competência municipal em matéria ambiental esta PGM já tem diversos pareceres e manifestações administrativas e judiciais, sendo desnecessário repetir aqui os argumentos.

No ponto que examinamos aqui neste parecer Paulo de Bessa Antunes⁵⁵ lembra, com muita propriedade, que *“em regime federativo não há propriamente uma hierarquia entre os integrantes da federação, mas uma repartição de competências, cabendo a cada um dos diferentes entes exercerem a parcela que lhe foi atribuída pela Constituição. Não se esqueça de que o tema relativo às APPs urbanas cuida, simultaneamente, de: (i) interesse local; (ii) suplementação de legislação federal; (iii) uso do solo urbano; (iv) proteção ao meio ambiente; e (v) política urbana. É dentro desse contexto multifacetado que deverá ser examinada a proteção ambiental em área urbana.”*

O autor demonstra que o Código Florestal é lei geral federal editada conforme as diretrizes constantes na CF e, como tal, demanda regulamentação, seja no âmbito federal, seja no âmbito local. Chama a atenção para a seguinte decisão do STF (ADI 2.303 MC/RS), em tema de aplicação da norma geral federal pelos Estados e Municípios:

“ALIMENTOS TRANSGÊNICOS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO. LEI ESTADUAL QUE MANDA OBSERVAR A LEGISLAÇÃO FEDERAL. 1. Entendimento vencido do Relator de que o diploma legal impugnado não afasta a competência concorrente do Estado-membro para legislar sobre produtos transgênicos, inclusive, ao estabelecer, malgrado superfetação, acerca da obrigatoriedade da observância da legislação federal. 2. Prevalência do voto da maioria que entendeu ser a norma atentatória à autonomia do Estado quando submete, indevidamente, à competência da União, matéria de que pode dispor. Cautelar deferida” (BRASIL, 2003).

E os Municípios, indubitavelmente, têm competência para dar tratamento legal específico em matéria urbano-ambiental, vinculada ao interesse local, suplementando a

⁵⁵ Vide nota de rodapé n. 5



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

legislação federal e estadual, no que couber, promovendo adequado ordenamento territorial mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (CF, Artigo 30, I, II e VIII), sendo que o Município exerce a política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes fixadas em lei, que deve ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF art. 182).

Para esse fim, o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, que regulamentou o art. 182 e 183 da CF, previu inúmeros instrumentos da política urbana, dentre os quais se destaca o planejamento municipal, em especial o Plano Diretor e o Zoneamento Ambiental aqui proposto, que poderá dispor diferentemente do Código Florestal, desde que atendidos os objetivos estabelecidos pelo estatuto e pela Constituição.

Portanto, entendemos correta a assertiva de Paulo de Bessa Antunes quando este alega que

“A legislação geral visa assegurar o chamado desenvolvimento sustentável, não se confundindo com normas aplicáveis aos locais nos quais o Poder Público, no cumprimento de determinações constitucionais, estabeleceu regimes próprios de tutela. No caso das cidades, mediante a adequada aplicação do planejamento urbano cuja expressão legislativa máxima é o Plano Diretor, expressamente previsto na Constituição Federal. A propósito, vale lembrar a lição do Professor Paulo Affonso Leme Machado que assim tratou do tema: “A Constituição não pretendeu que o país tivesse o mesmo regime jurídico ambiental, mas quis que alguns espaços geográficos fossem especialmente protegidos” (MACHADO, 2009, p. 149). Como tem sido reiteradamente decidido pelo STF (BRASIL, 2001a), a lei especial tem a preferência sobre a lei geral. Observe-se o seguinte trecho do acórdão referente à Extradicação no 795: “Tratado bilateral, no Brasil, tem hierarquia de lei ordinária e natureza de lei especial, que afasta a incidência da lei geral de extradicação”.

Sendo assim, embora o Código Florestal tenha sido claro, no seu art. 4o., ao dizer que se aplicam tanto às áreas rurais quanto às urbanas as delimitações das áreas de preservação permanente, o Município tem competência para editar normas e estabelecer zoneamentos que, com base cidade existente, atendam melhor à ordem constitucional e ao



ordenamento urbano-ambiental vigente, não estando engessado pela regra geral.

6.2. Zoneamento ambiental

Repetirei aqui os argumentos que trouxe na informação 51/14, por tratar-se de encaminhamento que entendemos imprescindível para a solução do importante problema aqui enfrentado.

Assim como o Arroio Dilúvio (objeto daquela informação) apresenta, em seu último trecho - canalizado e retificado em região totalmente antropizada- características consolidadas que excluem a aplicação da norma do art. 4º. do Novo Código Florestal, há referência científica⁵⁶ sobre outros trechos das 27 sub-bacias hidrográficas que banham o território de Porto Alegre que possivelmente apresentem a mesma situação.

No entanto, essa conclusão só pode ser obtida com muita cautela e por uma avaliação criteriosa. Deve-se evitar o mau uso do entendimento exposto neste parecer, o que ocorreria caso os argumentos aqui explicitados fossem usados para intervir em áreas capazes de receber a proteção prevista constitucional e legalmente.

Se é verdade que cursos d'águas foram descaracterizados a ponto de não justificarem áreas protetivas, também deve ser considerado que há outras áreas bastante sensíveis que merecem maior proteção, atuação imediata e preventiva, para evitar que ocorra a descaracterização constatada no trecho do Arroio Dilúvio e em outros cursos d'água do Município de Porto Alegre.

Ora, se a história justifica a constatação de que um trecho de um recurso hídrico teve suas funções essenciais descaracterizadas pelas ações do passado, o presente não pode levar a um futuro ainda mais desastroso, devendo ser consertado o rumo da história, aproveitando-se os conhecimentos adquiridos nas últimas décadas, em especial sobre a necessidade de construir uma cidade sustentável.

⁵⁶ Vide informações citadas obtidas no Atlas Ambiental de Porto Alegre



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Pode-se obter maior segurança jurídica pela tomada de medidas preventivas, de planejamento e de ação, eliminando-se a análise casuística e subjetiva.

O caminho que entendemos adequado é por meio da técnica de zoneamento entendido como *uma divisão física do solo em microrregiões ou zonas em que se promovem usos uniformes, com indicação de certos usos, exclusão absoluta ou relativa de outros ou tolerância de alguns*⁵⁷.

O zoneamento ambiental tem seu fundamento constitucional no próprio dispositivo que respalda a delimitação de APPS⁵⁸, sendo previsto na legislação infraconstitucional como um dos Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme art. 9º, II da Lei 6.938/81, e também como um de seus princípios, art. 2º. V da mesma lei, que foi regulamentada pelo Decreto 4.297/02. Também é um dos instrumentos da Política Estadual do Meio Ambiente⁵⁹ e da política urbana⁶⁰.

No âmbito do Município de Porto Alegre, a Lei Orgânica em seu artigo 236 diz que o município desenvolverá ações permanentes de planejamento, proteção, restauração e fiscalização do meio ambiente. O zoneamento ambiental-ecológico está previsto como um dos instrumentos da política municipal do meio ambiente no art. 17 Lei Complementar n. 369/96, que dispõe sobre a Política Municipal do Meio Ambiente.

A propósito, nos contatos feitos com a Secretaria do Meio Ambiente a respeito do tema, tomei conhecimento de que houve uma Ordem de Serviço em 2006 (OS n. 09 de 04/12/2006) que determinou a formação de um Grupo de Trabalho para elaborar o Zoneamento Ecológico-Ambiental que, à época, era composto por SMAM, PGM, SMF e SPM. Entretanto, após algumas reuniões, o grupo optou por suspender o funcionamento do mesmo até a conclusão do novo levantamento aerofotogramétrico que, SMJ, já foi concluído.

⁵⁷ SILVA, Américo Luís Martins. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. RT Editora. São Paulo: 2004. Na Pág. 649 o autor examina o que diz a doutrina sobre o conceito de *zoneamento*, elencando os entendimentos, tendo destacado o de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, aqui utilizado.

⁵⁸ Art. 225, par. 1º. Inc. III

⁵⁹ Conforme art. 15 da Lei 11520/00 – Código Estadual do Meio Ambiente.

⁶⁰ Conforme art. da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

O produto (ZEA) depende de investimentos em capacidade de planejamento e poderia tratar de temas como a classificação das APPs, áreas de risco, mapeamento de corredores ecológicos, detalhamento das APANS, entre outros tantos capazes de auxiliar os procedimentos da PMPA, o licenciamento ambiental, e a aprovação de projetos de rotina, além de subsidiar uma revisão do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental(PDDUA).

Não obstante, é recomendável trabalhar desde já em um zoneamento das APPS, que possa ser incluído no PDDUA, orientando sua demarcação para ser divulgada na DMWeb, de modo a atender também aos princípios da transparência e da informação, inerentes ao Direito Ambiental.

Observamos que, se trilhado o caminho que apresentamos, feito o zoneamento ambiental, entendemos que este deva ser incluído no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental-PDDUA, e, neste caso, deverá ser feito por Lei Complementar.

Observação importante:

Ainda sobre a questão do zoneamento, em recente reunião realizada sobre outro assunto com representantes da SMURB, tomei conhecimento da existência de um trabalho em curso visando à necessária revisão do PDDUA, em que se está atentando para o zoneamento ambiental. No entanto, por aquela Secretaria, em virtude de sua competência, o que poderá ser feito é a incorporação, no PDDUA, das normas ambientais em vigor. Imaginamos que a norma do art. 4o., I, provavelmente será incluída no zoneamento do PDDUA, sem que os aspectos levantados neste parecer sejam contemplados, impondo-se a imediata realização de um estudo de natureza ambiental para complementar ou integrar esse importante trabalho.

6.3. Estudos Prévios de Impacto Ambiental



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

O artigo 225 da Constituição Federal, ao impor ao Poder Público, em todas as esferas da federação, e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, incumbe ao Poder Público, exigir estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. O EIA também está previsto no Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001 como um dos instrumentos da política urbana, de modo que entendemos que também no EIA, a questão das APPs possa ser enfrentada e, na hipótese de conclusão pela descaracterização, nos termos aqui descritos, ser afastada a incidência do art. 4º, I do Código Florestal, pelo órgão ambiental, na fase de licenciamento.

6.4. Decisão fundamentada do órgão ambiental no âmbito do licenciamento

Como dito no início deste parecer, há dezenas de casos concretos sobre os quais o órgão licenciador precisa se manifestar. Entendemos que somente pela edição de lei municipal específica sobre o tema e após realização de zoneamento ambiental é que se poderá ter a almejada segurança jurídica. No entanto, é necessário dar encaminhamento aos processos que estão em fase de licenciamento.

Fundados na jurisprudência, legislação e doutrina aqui trazida e, também, com base nas atribuições municipais da Lei Complementar 140/2011, entendemos que é possível ao órgão licenciador ambiental, no caso concreto, identificar a existência ou não da APP, no âmbito dos procedimentos de licenciamento ambiental, mediante parecer técnico fundamentado, e indicar se a função ambiental tratada pelo inciso II do art. 3º. do Novo Código Florestal existe ou não no caso concreto⁶¹.

Neste caso, além da análise técnico-científica que só pode ser feita pelos técnicos especializados, sugerimos subsidiar a decisão com a observância dos aspectos arrolados nos subitens 4.2.1 a 4.2.7 deste parecer, podendo servir como guia para a fundamentação a resposta aos seguintes quesitos:

⁶¹ Sobre este aspecto específico, reportamo-nos à doutrina trazida no item 4.2 deste parecer.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

- a) Quais as características do corpo d'água protegido (natural, não natural, canalizado, retificado) ?
- b) Ocorreu a antropização do curso d'água e de suas margens?
- c) Trata-se de área urbana consolidada? Antes ou depois de 22/07/2008?
- d) Existe função ambiental?
- e) É possível reverter a situação fática consolidada, recompondo a faixa de proteção sem causar outros danos ao ambiente urbano?
- f) O local onde se pretende construir está em loteamento regular?
- g) O local onde se pretende construir tem ou teve edificação regular?
- h) O local onde se pretende construir tem edificação existente sobre a área que seria delimitada há mais de 20 anos?

7. Conclusões

Por tudo o que aqui se expôs, pode-se concluir:

- 1) Aplica-se a Lei 12651/12, chamado de Novo Código Florestal para a área urbana, como regra geral;
- 2) Conseqüentemente, como regra geral, devem ser observadas as APPs definidas no art. 4º. da Lei 12.651/12 no meio urbano, sendo oportuna a marcação das APPs na DMWeb;
- 3) No entanto, o Município tem competência para editar normas que levem em consideração a cidade existente, podendo dispor diferentemente com relação à matéria, desde que atenda aos dispositivos constitucionais e o ordenamento jurídico urbano-ambiental vigente, visando à preservação do meio ambiente e à execução da política urbana, conforme o Estatuto da Cidade.



MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

- 4) Para tanto, o Município poderá utilizar diversos instrumentos, notadamente o planejamento municipal, por meio de zoneamento ambiental e edição de lei municipal complementar que inclua esses dispositivos no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental.
- 5) A edição de normas e o referido zoneamento são, a nosso ver, essenciais para resolver a questão⁶²;
- 6) Por outro lado, considerando o grande número de casos concretos em andamento, o tempo necessário para implementação do que é aqui sugerido e, ainda, que é preciso dar uma orientação que dê segurança jurídica aos servidores que examinam os pedidos de licença, entendemos ser possível ao órgão ambiental exarar decisões fundamentadas nos casos em que estiver descaracterizada a APP, afastando a incidência da norma, como explicado no corpo deste parecer. Neste caso, o licenciador ambiental deverá lançar mão de outras normas urbano-ambientais visando à proteção do meio ambiente.

É nossa orientação, que submetemos à consideração.

PUMA, 07 de abril de 2016.

Eleonora Braz Serralta
Procuradora do Município
Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente

⁶² Por oportunidade da revisão do PDDUA, deve-se contemplar o referido zoneamento ambiental, que não se deve limitar à inclusão das normas ambientais vigentes, notadamente o Código Florestal, mas sim a um trabalho de campo que identifique as áreas consolidadas e irreversíveis (sem incidência de APP) e as áreas que demandam a proteção, entre outros aspectos, de acordo com a realidade da cidade.