

Direito de edificar em solo urbano: as Áreas de Preservação Permanente e sua função de preservação ambiental

Frederico Augusto Gomes

Graduando em Direito pela Universidade

Federal do Paraná

Participante dos projetos de pesquisa

Sustentabilidade Socioambiental e Desenvolvimento, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, coordenado pelo professor Dr. Dario Eduardo Amaral Dergint, e Pró-Polis, da Universidade Federal do Paraná, coordenado pela professora Dra. Ângela Cassia Costaldello

RESUMO

A ocupação do espaço urbano se deu historicamente marcada por conflitos de interesses e de direitos. Quando a Constituição incumbe ao Poder Público o dever de tutela do meio ambiente através da criação de áreas especialmente protegidas e lei federal institui e regulamenta as chamadas Áreas de Preservação Permanente (APP's) - determinando, ainda, a aplicação desse dispositivo em solo urbano - surgem dois embates problemáticos. O primeiro é entre o critério objetivo apresentado pela lei para a definição de APP's e a função de preservação ambiental a elas inerente. Áreas que pelo critério legal deveriam ser protegidas já tiveram sua função de preservação ambiental completa e definitivamente esvaziada, de forma que a incidência do regime jurídico das APP's traz um ônus desnecessário e socialmente inútil aos seus proprietários. O segundo problema é que, como a Constituição estabelece uma competência legislativa concorrente em matéria ambiental, a lei federal deveria apenas dispor sobre diretrizes gerais.

Palavras-chave: Direito ambiental. Área de Preservação Permanente. Função de preservação ambiental. Competência legislativa.

ABSTRACT

The occupation of urban space occurred historically marked by conflicts of interests and rights. When the Constitution rests upon the Government the duty of guardianship of the environment per the establishment of specially protected areas and federal law

establishes and regulates the Permanent Preservation Areas - also determining the application of this device in urban soil - two problems arises. The first is between the objective criteria presented by law for the definition of APP function and environmental preservation inherent to them. Areas that the legal test should be protected has had its role in environmental preservation completely and definitely emptied, so that the incidence of the legal regime of APP brings unnecessary burden and socially useless to their owners. The second problem is that, as the Constitution establishes a legislative powers competing environmental, federal law should provide for general guidelines only.

Keywords: Environmental law. Areas of Permanent Preservation. Function of environmental preservation. Legislative powers.

Introdução

A ocupação do solo urbano deu-se e ainda se dá de forma desorganizada e marcada por conflitos sociais e econômicos. Esses conflitos se materializam em uma divisão social desse espaço urbano, divisão essa que dificilmente pode ser compreendida como justa, igual e solidária como deveria ser, tendo em vista o objetivo fundamental da República constitucionalmente consagrado.

É nesse contexto que surge a discussão acerca dos espaços territoriais especialmente protegidos em solo urbano. Na busca de tutela do bem jurídico ambiental, o Estado lança mão de diversos instrumentos normativos que visam à proteção do meio ambiente. Dentre esses instrumentos normativos, têm-se mostrado relevantes e especialmente controvertidas na doutrina e jurisprudência as Áreas de Preservação Permanente (APP's).

As APP's vêm, desde 1965, consagradas no Código Florestal. Por expressa previsão legal, o regime jurídico destinado à proteção dessas áreas se aplica mesmo que estejam localizadas em território urbano. Daí decorrem três problemas fundamentais para o instituto: o primeiro deles é quanto à possibilidade de uma lei federal destinada a regulamentar a proteção de florestas aplicar-se a áreas urbanas com todas as suas peculiaridades; o segundo, quanto à função de preservar o bem jurídico ambiental e sua configuração ou não num território tão marcadamente transformado pela ação antrópica; o terceiro é o conflito entre direitos da coletividade de preservação ambiental e direitos subjetivos individuais, em especial o direito de edificar.

Essas três discussões se revelam como fonte de legitimidade da Área de Preservação Permanente em solo urbano e apenas se su-

perados esses três problemas pode-se dizer que há uma justa intervenção na propriedade privada para proteção do meio ambiente através das APP's.

O presente artigo tratará da ocupação do espaço urbano, passará para uma análise das APP's, indo até a discussão sobre o direito fundamental ao meio ambiente, sobre o conceito jurídico de APP e sua aplicabilidade em solo urbano e, por fim, descrevendo seu regime jurídico e analisando a possibilidade de um direito adquirido a construir em face desse regime especial de proteção.

1 Apontamentos sobre o espaço urbano

Ao tratar do espaço habitado, o espaço de convivência, Santos (1988, p. 39-40) apresenta como aspectos basilares da compreensão da evolução global da população a sua distribuição desigual pelo globo, os fluxos migratórios nacionais e internacionais e a mudança nas noções de espaço e de seu uso. O geógrafo aponta ainda a existência de uma infindável diversidade populacional, tanto no que se refere ao seu contingente, quanto ao que se refere a raças, culturas e modos de viver.

Segundo o referido autor:

Compreender uma região passa pelo entendimento do funcionamento da economia ao nível mundial e seu rebatimento no território de um país, com a intermediação do Estado, das demais instituições e do conjunto de agentes da economia a começar pelos seus atores hegemônicos (SANTOS, 1988, p. 46).

É preciso insistir no que Santos chama de "*intermediação do Estado*", que é a regulamentação do uso do espaço através de um conjunto de normas que, no direito ambiental, restringem direitos e liberdades individuais para fins de proteção do meio ambiente.

Impende observar que o espaço é essencialmente interdisciplinar (SANTOS; SOUZA, 1986, p. 1) e seu estudo não pode levar em conta uma análise meramente jurídica, geográfica, sociológica ou de qualquer ciência isolada. Santos (1988, p. 64) indica que "à medida que o homem se defronta com a natureza, há entre os dois uma relação cultural, que é também política, técnica etc. Dessa maneira, com a produção humana há a produção do espaço". O espaço não se apresenta como um elemento dissociado da sociedade que o povoa. Enquanto a paisagem é um elemento estático capturado em um dado momento, o espaço, de outra parte, é consubstanciado na paisagem acrescida da sociedade, de forma que, enquanto a paisagem é coisa, o espaço é estrutura (SANTOS, 1988, p. 72-73).

Assim sendo, quando o legislador elege um território para ser ambientalmente protegido, deve levar em conta todos esses elementos estruturantes desse espaço, que não pode ser considerado objetivamente se descartando a sociedade que nele habita. O que se tutela é o espaço, porque o homem também faz parte do meio ambiente juridicamente protegido.

Villaça (2001, p. 21) ensina que a estrutura intraurbana é moldada pelo deslocamento da população enquanto portadora da mercadoria força de trabalho ou enquanto consumidora. Assevera a preocupação de seu estudo da seguinte maneira:

Repetindo nossa questão central: por quais mediações passam as transformações socioeconômicas nacionais ou planetárias até se manifestarem em transformações na *estrutura* intra-urbana de nossas cidades? Para nós, passam pelas suas estratificações sociais; pelo desnível de poder econômico e político entre as classes em nossas metrópoles; passam pela dominação que se dá por meio do espaço urbano. Manifestam-se então no fato de a maioria das classes de mais alta renda ocupar posições centrais, apesar de já ter se iniciado, na década de 1970, um processo de suburbanização dessas classes; no fato de os centros de nossas grandes cidades apresentarem há mais de cem anos – em maior ou menor grau – um claro e contínuo processo de deslocamento no mesmo sentido que as camadas residenciais de mais alta renda; e no fato de essas camadas apresentarem – também há muitas décadas – uma tendência de concentração em uma única região de nossas metrópoles (VILLAÇA, 2001, p. 34).

Villaça (2001, p. 36) ensina que no estudo da estrutura intraurbana não basta manejar o social para explicar a política de ocupação do espaço; é necessário com base no espaço analisar o social. Partindo desse pressuposto, afirma que, no espaço urbano, o proletário assume a condição de objeto dominado pelo capital. Acentua que a força de trabalho é mercadoria de condições especiais, pois pode locomover-se para o mercado e, nesse contexto, o trabalhador vale-se do transporte urbano de passageiros enquanto se vê no conflito entre as classes pela melhor localização urbana (VILLAÇA, 2001, p. 43).

É notório, ainda, que há uma interdependência entre questão ecológica e questão social (DERANI, 2008, p. 125). Assim, não se pode apreciar uma regulamentação do uso do solo urbano sem se ter em mente as consequências ambientais e sociais que tal regulamentação acarretará.

Dessa forma, a interpretação do conceito de Área de Preservação Permanente, que adiante será exposto, não pode se dar

desvinculada de preocupação com a preservação da função ecológica dessa área, mas também não pode ignorar o substrato social que a informa. Igualmente, a intervenção do poder público, da aplicabilidade das leis e da própria sociedade na transformação do espaço urbano, seja para fins de proteção do meio ambiente local, seja para realização de transformações e reformas urbanas, não deve ser descartada na análise desse instituto, criado pela legislação florestal e aplicado no complexo espaço urbano.

2 O direito fundamental ao meio ambiente

O direito ambiental apresenta uma problemática toda nova aos velhos aparatos jurídicos. A nova racionalidade não cabe nas antigas formas de tutelar os direitos, esse ramo do saber jurídico inaugura um novo conceito de direito (SOUZA FILHO, 2002, p. 23).

O texto constitucional de 1988 abre espaço para os direitos coletivos, que em muito diferem da concepção tradicional de direito subjetivo. Souza Filho (2002, p. 23) ensina:

O texto surgido é juridicamente revolucionário, porque garante não direitos individuais, mas a todas as gerações, inclusive às futuras; garante assim um direito aos coletivos futuros. Os direitos coletivos, contrariando este fundamento da modernidade, não são valoráveis economicamente nem podem ser apropriados a um patrimônio individual.

A titularidade desse bem jurídico ambiental é difusa, ou seja, não obedece à lógica patrimonial anteriormente vigente, em que a aquisição desse patrimônio por um indivíduo subtrai de outro. Há, também, uma dupla titularidade: uma por parte do proprietário da coisa; outra por parte da sociedade em relação à utilidade ambiental daquele bem em razão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (SOUZA FILHO, 2002, p. 27). Manifesta-se, então, direito real sobre coisa alheia.

O direito real e coletivo sobre coisa alheia exercido por todos sobre os bens de interesse público são mais do que limitações administrativas, porque independem do Estado e podem se exercer até mesmo contra ele, e mais do que a função social da propriedade, porque é uma modificação na essência da coisa (SOUZA FILHO, 2002, p. 37).

A natureza jurídica desses bens já é diferenciada em sua essência, ocasionando uma salvaguarda legal especial. Todavia, a guarida legislativa dada ao bem jurídico ambiental não pode

ocasionar restrições a direitos – sejam individuais ou coletivos – sem uma justificativa plausível, qual seja, a efetiva proteção do meio ambiente.

A observância dos preceitos constitucionais erigidos no catálogo de enunciados normativos de direitos fundamentais ou de outros direitos fundamentais permitidos pela cláusula de abertura pode taxar uma determinada norma de materialmente fundamental. Segundo Canotilho (1998, p. 23), o Estado de direito apresenta as seguintes dimensões fundamentais: juridicidade, democracia, sociabilidade e sustentabilidade social, de forma que a configuração do direito ao meio ambiente como materialmente fundamental se mostra evidente. Além disso, em decorrência da cláusula de abertura prevista no artigo 5.º, § 2º, da Constituição, todo direito materialmente fundamental também o é formalmente (BELLO FILHO, 2012, p. 56-57). Irrefutável, portanto, que, apesar de não constar arrolado no artigo 5º da Constituição, o direito ao meio ambiente é, sim, fundamental.¹

Como se sabe, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquadra-se na terceira geração de direitos fundamentais. Bosselmann (*apud* SARLET; FENSTEREIFER, 2012, p. 37-38) aponta os direitos dessa categoria como essencialmente coletivos e transindividuais e dependentes de mecanismos de colaboração social para sua efetivação, tendo como suporte normativo o princípio da solidariedade. O direito em questão tutela uma dimensão social e ecológica da dignidade humana, que embasa a proteção jurídica do meio ambiente (SARLET; FENSTEREIFER, 2012, p. 93). Sarlet e Fensteriefer (2012, p. 94) indicam ainda que

pode-se conceber a exigência de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos, para aquele do qual a dignidade humana estaria sendo violada no seu núcleo essencial.

Impõe-se, assim, a tutela do meio ambiente em patamar mínimo para que seja propícia à vida humana em condições dignas, resguardando-se assim a referida dimensão ecológica da dignidade humana. Em assim sendo, a dignidade humana desponta como elemento axiológico legitimador da proteção ao meio ambiente, na medida em que a defesa desse bem jurídico impõe gravames a

¹ *Nesse sentido: “Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um direito típico de terceira geração” (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 134.297-8/SP. Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22/11/1995, p. 30.597).*

direitos – por vezes fundamentais – de particulares. É essa dimensão ecológica da dignidade humana que permite a proteção do meio ambiente em detrimento de outros bens jurídicos também relevantes.

Ainda, em decorrência da fundamentabilidade desse direito, tem-se que ele não é composto de um núcleo duro e imutável, pelo contrário. Por ser direito fundamental, na colisão normativa entre dispositivos que operam em sentidos contrários, o núcleo maleável desse direito permite a ponderação dos valores em jogo, através da regra da proporcionalidade, devendo-se apontar, contudo, que só são possíveis restrições a esse direito por ocasião do conflito com outros direitos fundamentais se respeitado o conteúdo mínimo essencial da normatividade do art. 225 da Constituição (BELLO FILHO, 2012, p. 63-66).

Para Alexy (2007), os direitos fundamentais devem ser encarados como feixes de posições jusfundamentais, ou seja, os direitos fundamentais são multifuncionais, prestando-se a uma diversidade de funções simultaneamente. Por isso não é possível associá-los a uma única função, podendo ser extraída de cada direito fundamental uma série de deveres correspondentes imputados ao Estado e à coletividade. Um direito fundamental investe seu titular em uma série de posições jurídicas fundamentais e, embasado nelas, o cidadão poderá exigir diversas obrigações do Poder Público. Sarlet (2008, p. 184) ressalta que “várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, neste sentido, inevitável alguma superposição”. Alexy (2007) separa as funções atribuídas aos direitos fundamentais em funções de defesa e função de prestações. As funções de prestação dividem-se em prestações fáticas e prestações normativas, sendo estas últimas divididas em função de proteção e de participação na organização e procedimento (ALEXY, 2007, p. 392). O autor utiliza o próprio direito fundamental ao meio ambiente para exemplificar sua classificação:

El derecho fundamental al medio ambiente responde más bien a aquello que antes se denominó “derecho fundamental como un todo”. Está constituido por un conjunto de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental al medio ambiente, o su adscripción interpretativa a las disposiciones de derecho fundamental existentes, puede, por ejemplo, incluir en este conjunto o haz de posiciones, un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de

terceros que dañen el ambiente (derecho de protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado emprenda medidas fácticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica) (ALEXY, 2007, p. 392).

A norma garantidora do direito fundamental ao meio ambiente revela-se como portadora de dimensão objetiva e subjetiva. Sua dimensão subjetiva decorre do fato de que por meio dela são outorgados direitos subjetivos aos particulares individualmente, à coletividade e até mesmo às futuras gerações. Por outro lado, sua dimensão objetiva implica a imposição de deveres e obrigações ao Estado e à coletividade, sem que com isso se garantam necessariamente direitos correlatos a terceiros (BELLO FILHO, 2012, p. 42-43).

De forma bastante similar à lição de Alexy (2007), Bello Filho (2012, p. 58) ensina:

Um direito fundamental ao ambiente contém um feixe de efeitos que comporta a proibição de que o estado faça algo que agrida o núcleo essencial deste direito, a obrigação do Estado proteger o bem jurídico frente à agressão de terceiros, a obrigação do Estado praticar atos tendentes a preservar ou melhorar o ambiente, além da obrigação do Estado disponibilizar os instrumentos para a participação dos titulares do direito nos processos de tomada de decisões relevantes para o ambiente.

Nota-se que, ao erigir um Estado socioambiental, o constituinte impôs ao Estado deveres de proteção ao meio ambiente. Essas obrigações do Estado vão desde prestações normativas, como a regulamentação das Áreas de Preservação Permanente, até prestações fáticas de fiscalização e controle de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente. Dessa forma, a regulação do regime jurídico aplicável a essas áreas, bem como os critérios para enquadramento nesse regime jurídico, decorre diretamente desse dever imputado ao Estado pelo constituinte originário.

Importa salientar que o dever fundamental de proteção do meio ambiente impõe-se ao Estado a partir da dupla face do princípio da proporcionalidade. Não é lícito ao Poder Público dar proteção normativa insuficiente. Todavia, essa guarida não pode significar um excesso de intervenção (SARLET; FENSTEREIFER, 2012, p. 192), na medida em que uma ingerência excessiva viria em prejuízo de outros direitos que se chocam com o bem jurídico ambiental.

3 O conceito legal de Área de Preservação Permanente

Ao tratar da preservação do meio ambiente, o texto constitucional imputou ao Poder Público o dever de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”, conforme expresso no artigo 225, parágrafo primeiro, III, da Constituição.

O *caput* do referido artigo impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. É dentro dessa lógica que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é erigido como direito fundamental constitucionalmente garantido.

Larcher ensina que os mencionados “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos” dividem-se em: I) unidades de conservação, previstas na Lei 9.985/2000; II) áreas rurais de reserva legal, previstas na Lei 12.651/2012; e III) Áreas de Preservação Permanente, também previstas na Lei 12.651/2012.² Leciona, ainda, que, conquanto existam parcas divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca das duas primeiras modalidades de áreas ambientalmente protegidas, é em torno da terceira que rondam as maiores controvérsias, principalmente no tocante à aplicação dessas normas em áreas urbanas (LARCHER, 2013, p. 1).

O artigo 3º, II, da Lei Federal nº 12.651/12 conceitua Área de Preservação Permanente como “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com 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”.³

Sob a égide do Código Florestal revogado, a Lei 4.771/65, houve a opção do legislador de incluir já no artigo 2º do Código Florestal as florestas e demais formas de vegetação como Áreas de Preservação Permanente em razão de sua localização, prescindin-

² *Note-se que a definição de Área de Preservação Permanente não surgiu nem no Código Florestal de 1934, nem no Código de 1965, recentemente revogado, mas nele foi inserido pela Medida Provisória 2.166-67/2001.*

³ *Redação muito semelhante é a que se vê no revogado art. 1º, § 2º, II, da Lei 4.771/1965. In verbis: “§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por: 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”.*

do de declaração expressa do Poder Público para incidência do regime jurídico de APP, salvo nos casos previstos no art. 3º da mesma lei.

Não se pode olvidar da alteração trazida pela Lei 7.803/1989, que continha a seguinte redação:

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 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 esse respeito, comentando a alteração do dispositivo no Código Florestal de 2012, Gouvêa (2012, p. 62) assevera o seguinte:

A redação desse dispositivo suscitou, na época, inúmeras discussões e interpretação quanto à possibilidade das normas municipais ou metropolitanas alterarem as disposições do art. 2º do Código Florestal, tornando-as menos exigentes, entendimento que não prevaleceu. Nesse aspecto a nova lei florestal é mais clara, na medida em que manteve a redação desse dispositivo da lei revogada, substituindo a expressão “respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”, por “sem prejuízo do disposto nos incisos do *caput*” (incluídos pela MedProv 571/2012, após o veto à redação anterior).

De todo modo, apesar de a atual redação não trazer dúvidas quanto à aplicabilidade do Código Florestal em área urbana, há de se apontar a possível violação ao princípio federativo, bem como a violação do art. 30, I, da Constituição da República, que garante aos municípios competência para legislar sobre assuntos de seu interesse, ou, conforme redação constitucional, de interesse local.

Silva (2012, p. 478) ensina que a divisão de competências na federação brasileira é feita de acordo com a predominância do interesse, sendo a União competente para legislar sobre matérias de interesse nacional, os Estados para assuntos de interesse regional e os municípios para questões de relevância local.

Sobre o assunto, Fiorillo (2012, p. 218-219, grifos do autor) leciona o seguinte:

Além disso, a competência concorrente dos Estados e supletiva dos Municípios revela-se importante, porquanto aqueles e estes, em especial estes, encontram-se *mais*

atentos e próximos aos interesses e peculiaridades de uma determinada região, estando mais aptos a efetivar a proteção ambiental reclamada pelo Texto Constitucional.

Com isso, é correto afirmar que não é a União que detém em nosso ordenamento jurídico o maior número de competências exclusivas e privativas; os Estados, os Municípios e mesmo o Distrito Federal passaram a partir de 1988 a ter maior autonomia no sentido de poderem legislar sobre grande número de matérias.

Assim, a divisão de competências definidas pela Constituição tem por escopo próprio garantir a possibilidade de o Município tutelar os interesses locais, pois, mais próximo e ciente de suas peculiaridades, melhor pode regulá-las, adaptando a legislação à defesa do meio ambiente e garantia de outros valores não menos importantes. Dessa maneira, como se trata de competência concorrente, cabe à União traçar linhas gerais, como a definição de APP, e aos estados e municípios descer aos pormenores, como a extensão dessas áreas.

Isso não é possível em uma lei federal destinada a regular florestas que se pretende aplicar a zonas urbanas, descendo aos pormenores de indicar a metragem da Área de Preservação Permanente, levando em conta parâmetros abstratos e desconsiderando as características específicas de cada município em que essas áreas encontram-se.

O diploma legal de 2012 traz, ainda, duas espécies de Áreas de Preservação Permanente: a) as APP's *ex lege*, elencadas no artigo 4º da Lei; e b) as instituídas pelo Poder Público, com a finalidade de atenuar a erosão das terras, fixar as dunas, formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias, auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares, proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico, asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção, manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas ou assegurar o bem-estar público.

Numa leitura menos atenta, parece que nessa classificação entre APP's legais e APP's criadas por ato administrativo as primeiras se submetem a um critério objetivo legalmente definido para serem enquadradas como Áreas de Preservação Permanente, enquanto as demais necessitam de uma destinação específica, que se deve enquadrar no rol trazido pelo artigo 4º da Lei 12.651/12. Razão não assiste àqueles que entendem dessa forma.

É que a própria definição legal de APP exige uma "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". Logo, anteriormente à fixação de critérios para que se considere uma área como de preservação permanente, o legislador ordinário previu que a referida área deve atender uma função ambiental de preservação. Nesse mesmo sentido, já dispôs o texto constitucional a vedação expressa a qualquer utilização que viole os atributos que justifiquem a proteção das áreas ambientalmente protegidas, de forma que facilmente se extrai do próprio texto constitucional que a proteção dessas áreas só se justifica quando presentes esses atributos necessários à proteção do meio ambiente, permitindo assim a imposição de restrições ao direito fundamental de propriedade.

Aponte-se que as cidades, sobre as quais recai a legislação de APP, não são, via de regra, cidades planejadas e organizadas, as quais desde sua formação obedecem às regras de ocupação previstas na lei ora em vigor. A ocupação do solo urbano dá-se marcada por conflitos e de forma desorganizada. As populações, sobretudo as mais pobres e carentes, habitam onde encontram espaço. Disso surge a questão de espaços que não respeitam o regime previsto para área de APP por duas razões: não são mais passíveis de cumprir a função ambiental para ela prevista e, por outro lado, desempenham uma função social de oferecer moradia – embora, por vezes, com condições precárias. Gouvêa (2012, p. 67) discute o assunto:

a interrupção da faixa da APP, por ruas ou avenidas, por edificações preexistentes, por viadutos, obras de saneamento ou outras intervenções, descaracteriza essas áreas remanescentes como APP, na medida em que as impede de cumprir a função ambiental que a lei lhes atribuiu?

Não se está abordando aqui os casos em que, demolida uma obra específica e irregular, ou impedida a ocupação daquele espaço, há a possibilidade do cumprimento da recuperação da função ambiental da APP, mas dos casos em que a inviabilidade do uso daquela área ou a eventual exigência da demolição decorrem exclusivamente da aplicação literal de uma condição prevista no Código Florestal, sem qualquer consideração para com a possibilidade, ainda que remota, dela cumprir a função ambiental estabelecida na mesma lei, em decorrência de situações já consolidadas por outras ocupações, pelas quais seu proprietário não pode responder.

Desde a promulgação do Código Florestal, as faixas marginais ao longo de rios ou cursos d'água são consideradas Áreas de Preservação Permanente. Em 1965 essas faixas eram de 5 metros para os rios de menos de 10 metros de largura, iguais à metade da largura dos cursos que medissem de 10 a 200 metros de distância

entre as margens e de 100 metros para todos os cursos cuja largura fosse superior a 200 metros.⁴

Com o advento da Lei 7.511/86, que alterou a Lei 4.771/65, a APP passou a ser de 30 metros para os rios de menos de 10 metros de largura, de 50 metros para os cursos d'água que tivessem de 10 a 50 metros de largura, de 100 metros para os cursos d'água que medissem entre 50 e 100 metros de largura, de 150 metros para os cursos d'água que possuíssem entre 100 e 200 metros de largura e igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200 metros.

Em 1989, sobreveio a Lei 7.803, que aumentou essas faixas para 30 metros para os cursos d'água de menos de 10 metros de largura, 50 metros para os cursos d'água que tivessem de 10 a 50 metros de largura, 100 metros para os cursos d'água que tivessem de 50 a 200 metros de largura, 200 metros para os cursos d'água que tivessem de 200 a 600 metros de largura e 500 metros para os cursos d'água que tivessem largura superior a 600 metros.

A Lei 12.651/2012, que vige atualmente, consagrou como APP's as faixas de 30 metros, para os cursos d'água de menos de 10 metros de largura; 50 metros, para os cursos d'água que tenham de 10 a 50 metros de largura; 100 metros, para os cursos d'água que tenham de 50 a 200 metros de largura; 200 metros, para os cursos d'água que tenham de 200 a 600 metros de largura; e, por fim, 500 metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 metros.

Conquanto seja louvável estabelecer padrões mais rigorosos de proteção ambiental, o aumento da faixa destinada à APP deve ocorrer com muita cautela.

Notadamente em área urbana, o aumento da faixa de preservação deve ser parcimonioso e atento à realidade. Uma área de preservação que em 1965 era de 5 metros, hoje é de 30, indo contra a realidade e, em vez de conferir maior proteção ao meio ambiente, empurrando o cidadão – via de regra, o cidadão menos privilegiado financeiramente – para a ilegalidade.

Saliente-se que em área urbana essa faixa de proteção em diversos casos já perdeu há muito a sua função de preservação

⁴ *“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 outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distância entre as margens;

3 - de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros.”

ambiental. Há áreas em que o cumprimento da função ambiental almejada pela lei constitui obrigação impossível e, portanto, inexigível, descaracterizando completamente aquela área como de preservação permanente. Isso deve ser analisado criteriosamente caso a caso, e não apenas pelos critérios objetivos da lei.

4 O regime jurídico aplicável às Áreas de Preservação Permanente

O regime jurídico consagrado no novo Código Florestal para reger as APP's merece análise em três de seus aspectos, quais sejam, a situação do imóvel, sua função e seu uso, sendo os dois primeiros relevantes na incidência ou não no regime jurídico das APP's sobre o espaço e o último sendo o próprio regime jurídico aplicável.

Quanto à situação do imóvel, a definição legal de APP trazida no artigo 3º, II, da lei em comento deixa claro que é irrelevante o fato de a vegetação natural ter sido suprimida ou não. O que, segundo o mesmo artigo, faz aplicar-se à área o regime jurídico das APP's é a função ambiental por ela desempenhada (PAPP, 2012, p. 123). Dessa forma, só se pode entender que o regime jurídico das APP's é não somente justificado como também caracterizado por uma função ecológica de preservação ambiental.

Machado (2012, p. 143) assevera:

A Área de Preservação Permanente – 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 desta Lei. Há autoaplicabilidade da própria Lei, não se exigindo regulamentação para sua efetividade nos casos deste artigo.

Prossegue o autor afirmando que há cinco características decorrentes da preservação permanente que incide sobre a referida área, sendo elas a saber: i) trata-se de uma área, e não mais de uma floresta como previa a redação original do Código Florestal revogado, de forma que, independentemente da cobertura vegetal, que pode até mesmo ser exótica, aplica-se a essa área o regime jurídico próprio das APP's; ii) não se trata de uma área qualquer, mas de uma área ambientalmente protegida; iii) a proteção é uma proteção permanente, devendo a sociedade, o poder público preservar a APP; iv) a APP possui funções ambientais específicas; v) a supressão ilegal da vegetação da APP impõe a recuperação da área (MACHADO, 2012, p. 144).

Quanto à função ambiental específica, o autor desce às seguintes subcategorias:

A APP é uma área protegida, com funções ambientais específicas e diferenciadas: função ambiental de preservação, função de facilitação, função de proteção e função de asseguramento. As funções ambientais de preservação abrangem os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade.

[...]

A APP visa proteger o solo, evitando a erosão e conservando a sua fertilidade. Não se pode negligenciar o asseguramento do bem-estar das populações humanas, isto é, da felicidade e da prosperidade das pessoas, entre as quais estão os proprietários e os trabalhadores em geral da propriedade rural onde se situa a APP (art. 186, IV da CF/1988) (MACHADO, 2012, p. 144).

Dessa maneira, Machado (2012) dá concretude à função ambiental exigida pelo texto da lei para a incidência do regime jurídico previsto para preservação permanente de determinadas áreas.

Esse regime jurídico vem estabelecido no art. 7º do Código Florestal em comento. O *caput* do referido artigo impõe ao proprietário, possuidor ou ocupante, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, preservar a vegetação da área. O § 1º, por sua vez, impõe ao possuidor a qualquer título o dever de recompor a vegetação da área, salvo os casos previstos em lei. Vale dizer que esta obrigação é *propter rem*, ou seja, acompanha a coisa, impondo-se a qualquer um que venha a exercer direito real sobre ela, conforme determinado pelo parágrafo seguinte. Tendo em vista que existe a possibilidade de autorização para supressão de vegetação, o § 3º veda a possibilidade de concessão dessa autorização se não cumprida a determinação dos parágrafos anteriores em relação à vegetação suprimida após 22 de julho de 2008.⁵

A intervenção ou supressão da vegetação da Área de Preservação Permanente só é tolerada pela legislação em vigor em razão

⁵ *É importante apontar que, conquanto o art. 65 do Código Florestal autorize a regularização ambiental ser admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária de interesse específico dos assentamentos inseridos em área urbana consolidada que ocupam Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, não se pode dizer que esse mecanismo é por si só garantidor da eficiência do instituto da APP nas Áreas de Preservação Permanente. Se ele é capaz de dar certa coerência entre o regime de APP e a realidade social, ainda não o é de evitar que Áreas de Preservação Permanente em solo urbano causem gravames à propriedade de particulares sem, por vezes, gerar qualquer benefício ambiental.*

de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, nos termos do *caput* do art. 8º da Lei 12.651/12. A legislação revogada previa a necessidade de que as situações autorizadoras da intervenção ou supressão da vegetação fossem comprovadas em procedimento administrativo, com conseqüente autorização por parte do Poder Executivo. O Novo Código Florestal silenciou quanto à necessidade desse prévio processo administrativo, bem como sobre a competência para outorgar a autorização a que se refere o *caput* do artigo.

A Lei 4.771/65, ao contrário, atribuía ao órgão estadual de meio ambiente a competência para autorizar a supressão ou intervenção nessa vegetação. Existe, na nova lei, unicamente o art. 26, o qual impõe a necessidade de prévia autorização do órgão estadual para supressão de vegetação nativa para uso alternativo do solo. No entendimento de Franco (2012, p. 169), tal dispositivo se aplica também à autorização para intervenção em Área de Preservação Permanente.

O artigo 8º, §2º, da Lei 12.651/12, por sua vez, autoriza a intervenção ou supressão da vegetação nas restingas e manguezais cuja função ambiental esteja comprometida, com fins de regularização fundiária, consubstanciada a necessidade de compatibilização entre proteção do meio ambiente e tutela de outros valores socialmente relevantes, no caso, o direito à moradia. Por fim, o art. 8º, §4º, da lei aponta que não há possibilidade de regularização de intervenções futuras que não aquelas autorizadas no Código Florestal.

Dessa maneira, a Lei 12.651/12 delinea o regime jurídico aplicável às Áreas de Preservação Permanente, em especial às situadas em zona urbana, vedando a possibilidade de supressão ou intervenção na vegetação nelas localizada, impondo ao proprietário a obrigação *propter rem* de preservá-la e recompô-la, proibindo a concessão de autorização para novas intervenções sem o cumprimento desses deveres. Prevê ainda, para emissão dessa autorização, que estejam presentes utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental.

Conclusão

Percebe-se que a doutrina e jurisprudência pátria ignoram a função teleológica da norma definidora das Áreas de Preservação Permanente, buscando fazer valer o regime jurídico dessas áreas a todo custo, sem se preocupar com a busca da sua finalidade.

As APP's existem exatamente para a preservação do meio ambiente e não há que se cogitar na imposição de tais restrições ao

particular, limitando o uso de seus direitos constitucionalmente garantidos, sem uma justificativa razoável, sobretudo em áreas urbanas consolidadas. Embora a própria Constituição preveja a possibilidade de imposições dessas restrições, ela mesma aponta a finalidade que legitima essa intervenção na propriedade privada: a manutenção da integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

É exatamente esse o ponto até então ignorado pelos estudiosos e operadores do direito, em especial pelos representantes do Ministério Público. As restrições à propriedade em razão da defesa do meio ambiente só encontram guarida constitucional quando se voltam para uma efetiva preservação desse bem jurídico. Quando não se fazem presentes os atributos que se quer defender, não se pode submeter a área ao regime das APP's em razão da mera incidência em um dos critérios objetivos descritos na lei.

As Áreas de Preservação Permanente devem ser compreendidas a partir de sua função dentro do ordenamento jurídico: a proteção ambiental. Uma APP que esteja desprovida dessa função não pode estar submetida ao regime jurídico que lhe seria próprio, isso porque impor restrições a direitos sem que com isso fosse atingida sua finalidade.

Ao não se diferenciarem APP's em área urbana e rural, ignora-se o fato de que a evolução das cidades no Brasil não se deu de forma organizada e planejada, mas espontaneamente de acordo com as necessidades do momento. Assim, aquelas faixas de proteção legalmente instituídas já se encontram, muitas vezes, ocupadas há anos e sua desocupação não se dará sem grande prejuízo social.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos, n. 7. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FRANCO, Ana Claudia La Plata de Mello. **Comentários ao artigo 8º da Lei 12.651/2012**. In: MILARÊ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Coord.). **Novo código florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à**

MedProv 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 166-171.

GOUVÊA, Yara Maria Gomide. Art. 3º Para efeitos desta Lei, entende-se por: [...] 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; [...]. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Coord.). **Novo código florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 60-68.

LARCHER, Marta Alves. **As áreas de preservação permanente e o parcelamento, uso e ocupação do solo urbano.** 2013. In: www.antigo.mpmg.mp.br/portal/publico/interno/arquivo/id/4330. Acesso em: 23 mar. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Das áreas de preservação permanente. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Coord.). **Novo código florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 143-153.

PAPP, Leonardo. A revisão do Código Florestal brasileiro (Lei Federal n. 12.651/12) - Reflexões iniciais acerca das APP's nas margens de cursos d'água naturais em áreas rurais consolidadas. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 14, n. 73, p.121-142, maio/jun. 2012.

SANTOS, Milton. **Metamorfoses do espaço habitado.** 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1988.

SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia. **O espaço interdisciplinar.** São Paulo: Nobel, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTEREIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 69, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. Introdução ao direito socioambiental. In: LIMA, André (org.). **O direito para o Brasil socioambiental.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço Intra-urbano no Brasil.** São Paulo: Studio Nobel, 2001.