
NOTA TÉCNICA CAOMA
Nº 01/2023

**REGULARIZAÇÃO DE RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES
CONSTRUÍDAS EM APP. CURSOS D'ÁGUA. ÁREAS
RURAIS CONSOLIDADAS. CÓDIGO FLORESTAL.
RESOLUÇÃO CONSEMA Nº 481/2022. NÃO
APLICAÇÃO.**

A presente Nota Técnica destina-se a analisar a existência de eventual conflito instaurado a partir do advento da Resolução CONSEMA nº 481/2022 com as diretrizes da Lei Federal nº 12.651/2012 (Código Florestal Federal), considerando que ambas as normativas disciplinam a temática relativa à regularização de ocupações/construções existentes em áreas de preservação permanente de cursos d'água, localizadas em áreas rurais consolidadas, divergindo, porém, no tocante ao marco temporal a ser observado: o Código Florestal Federal, em seu artigo 61-A, estabelece como limite 22/07/2008, ao passo que o aludido ato normativo prevê a possibilidade de regularização para além dessa data. Se não, vejamos:

Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

[...]

§ 12. Será admitida a manutenção de residências e da infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, inclusive o acesso a essas atividades, independentemente das determinações contidas no caput e nos §§ 1º a 7º, desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas.

Art. 2º As residências unifamiliares construídas de forma isolada em faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, após 22 de julho de 2008 e até a data da publicação desta Resolução, poderão ser regularizadas, desde que:

I – estejam localizadas em áreas rurais consolidadas;

II – estejam localizadas fora das faixas mínimas de recomposição definidas no artigo 61-A da Lei 12.651/2012;

III – possuam infraestrutura para tratamento dos efluentes sanitários, de acordo com a legislação vigente e normas técnicas;

IV – possuam infraestrutura instalada de rede elétrica/hidráulica ou que a nova instalação não implique em supressão de remanescentes de vegetação nativa, excetuados os casos previstos em lei. (grifos acrescentados)

A despeito do posicionamento firmado pelo CONSEMA e dirigido a este Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente (CAOMA) através de manifestação carreada aos autos do Procedimento de Gestão Administrativa nº 00020.000.037/2023 (evento nº 0017, fls. 05/07), reputa-se inviável que uma resolução estadual altere a conceituação estabelecida pela legislação federal, mormente quando, em virtude das antinomias verificadas, representa o esvaziamento do núcleo jurídico protetivo e a consequente conferência de um tratamento deficiente ao bem ambiental. Explica-se.

De plano, mister registrar haver o ordenamento jurídico pátrio incorporado a teoria da Pirâmide de Kelsen, segundo a qual há normas jurídicas inferiores que, necessariamente, devem guardar conformidade e respeito àquelas hierarquicamente superiores, conforme leciona o especialista Pedro Lenza:

No direito percebe-se um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo o fundamento de validade de outra, numa verticalidade hierárquica. Uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional¹.

Nessa linha, a Resolução CONSEMA nº 481/2022, ao dispor sobre a regularização de residências construídas em áreas rurais consolidadas, justamente por consistir em norma superveniente e hierarquicamente inferior, devia observância às diretrizes do Código Florestal Federal, sob pena de nulidade/invalidade.

O ato administrativo normativo oriundo do CONSEMA ora em exame, porém, ao ampliar a possibilidade de regularização de residências construídas em áreas rurais consolidadas em período posterior a 22/07/2008, afrontou a própria definição legal do que se compreende por

¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 146.

área rural consolidada, prevista no artigo 3º, inciso IV, do Código Florestal brasileiro, cuja dicção refere:

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

[...]

IV – área rural consolidada: área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio;

Carece, pois, de legalidade, bem como de compatibilidade a pretensa regulamentação trazida pela Resolução CONSEMA nº 481/2022 com o conceito jurídico preexistente de área rural consolidada disciplinado pela norma federal de regência, não podendo, por conseguinte, prevalecer.

A impossibilidade de subsistência da Resolução CONSEMA nº 481/2022 decorre, ainda, do fato de a dilação do limite temporal de construção das edificações passíveis de regularização implicar, ao fim e ao cabo, flexibilização ainda maior do que o questionável² tratamento jurídico diferenciado previsto pela Lei Federal nº 12.651/2012 para as intervenções realizadas nas áreas rurais consolidadas até 22/07/2008.

Frisa-se, neste particular, que a escolha do marco temporal pelo regramento florestal federal para a definição de áreas rurais consolidadas acabou por desobrigar os infratores do dever de recuperar o dano ambiental perpetrado e de recompor integralmente as áreas de preservação permanente, legitimando desmatamentos ilegais e degradações ambientais, na trilha do alertado por Leandro Almeida de Santana:

Por sua vez, Ellovitch (2010), expunha que anistia aos degradadores ambientais representavam verdadeiro prêmio a todos aqueles que infringiram a legislação florestal até a data de 22.07.2008, penalizando aqueles empreendedores que arcaram com o ônus do cumprimento da função socioambiental da terra, estimulando a concorrência desleal e o descrédito das instituições públicas.

Causa maior apreensão a consolidação de degradações ambientais, pois beneficia quem sempre desrespeitou a legislação ao permitir que mantenham as atividades agropecuárias

² Objeto de debate das ADI'S 4901, 4902 e 4903.

e florestais instaladas em APPs, Reserva Legal e Uso Restrito, além de implicar em desistência da reparação dos danos causados, impedimento da regeneração de ecossistemas impactados e perpetuação da degradação e da perda dos recursos ambientais³.

Por certo, admitir-se, nos moldes propostos na resolução questionada, a amplificação do próprio conceito de área rural consolidada para fins de autorizar a regularização de intervenções realizadas em período após 22/07/2008 significaria o fomento à redução dos já restritos níveis de proteção ecológica das áreas de preservação permanente, prática absolutamente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Não parece menos relevante destacar que a proteção outorgada às áreas de preservação permanente se insere no núcleo duro de proteção constitucional conferida ao meio ambiente, o que é amplamente reconhecido pela jurisprudência pátria guiada pelo Superior Tribunal de Justiça, ilustrada pela ementa do seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÕES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP. MARGEM DE RIO. MANGUEZAL. PRINCÍPIO DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO SISTEMA CLIMÁTICO. CÓDIGO FLORESTAL. ARTS. 1º-A, PARÁGRAFO ÚNICO, I, 3º, II, 8º, CAPUT E §§ 2º, 4º, 64 e 65 DA LEI 12.651/2012. CRISE HÍDRICA E MUDANÇAS CLIMÁTICAS. ART. 5º, III, E 11 DA LEI 12.187/2009. DIREITO A CIDADE SUSTENTÁVEL. ARTS. 2º, I, DA LEI 10.257/2001. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA. ART. 11, I e II, e § 2º, DA LEI 13.465/2017. FUNDAMENTO ÉTICO-POLÍTICO DE JUSTIÇA SOCIAL DO DIREITO A MORADIA EXCLUSIVO DE PESSOAS POBRES, MAS APLICADO INDEVIDAMENTE PELO ACÓRDÃO RECORRIDO A CASAS DE VERANEIO E ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. AFASTAMENTO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. SÚMULA 613 DO STJ. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL. DEVER DO PODER PÚBLICO DE FISCALIZAR. PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DO NON LIQUET. ART. 140, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ibama contra particulares e a Municipalidade de Pitimbu, Estado da Paraíba, pugnando por provimento judicial que proíba a ampliação e determine a demolição de construções ilegais em onze imóveis localizados na faixa marginal do rio Acaú. Entre as edificações contestadas, incluem-se bar, farmácia, casas de veraneio e residências familiares. 2. Os fatos e a ocupação irregular da Área de Preservação Permanente são incontroversos. Conforme apontou a Corte de origem, os prédios embargados "foram erigidos às margens do Rio Acaú, estando inseridos em Área de Preservação Permanente, por ofensa à distância mínima exigida

³ SANTANA, Leandro Almeida de. **Áreas rurais consolidadas em áreas de preservação permanente e reserva legal**. Curitiba: Juruá, 2021. p. 71.

para edificar-se nas bordas de rios". Em idênticos termos, a sentença, apoiada em perícia, confirma que as construções acham-se "'coladas' à margem do rio, invadindo, portanto, a Área de Preservação Permanente marginal aos cursos d'água" estabelecida pelo Código Florestal, em consequência causando 'dano ambiental também pelo lançamento de esgotos no Rio Acaú, sendo que a reversão dessa situação dependeria da demolição dos imóveis e da recuperação da vegetação no local'". **ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP), PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE INTOCABILIDADE, ROL TAXATIVO DE INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL, NATUREZA PROPTER REM E DANO IN RE IPSA 3.** As Áreas de Preservação Permanente formam o coração do regime jurídico ambiental-urbanístico brasileiro no quadro maior do desenvolvimento ecologicamente sustentável. Ao contrário do que se imagina, o atributo de zona non aedificandi também revela avultado desígnio de proteger a saúde, a segurança, o patrimônio e o bem-estar das pessoas contra riscos de toda a ordem, sobretudo no espaço urbano. Daí o equívoco (e, em seguida, o desdém) de ver as APPs como mecanismo voltado a escudar unicamente serviços ecológicos tão indispensáveis quanto etéreos para o leigo e distantes da consciência popular, como diversidade biológica, robustez do solo contra a erosão, qualidade e quantidade dos recursos hídricos, integridade da zona costeira em face da força destruidora das marés, e corredores de fauna e flora.

4. Consoante o Código Florestal (Lei 12.651/2012), "A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei" (art. 8º, caput, grifo acrescentado). **O legislador, iure et de iure, presume valor e imprescindibilidade ambientais das APPs, presunção absoluta essa que se espalha para o prejuízo resultante de desrespeito à sua proteção (dano in re ipsa),** daí a dispensabilidade de prova pericial. Logo, como regra geral, "Descabida a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 8º do Código Florestal (utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental)" (REsp 1.394.025/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18/10/2013).

5. Encontrar-se a área destituída de vegetação nativa ou inteiramente ocupada com construções ou atividades proibidas não retira dela o elemento legal congênito de preservação permanente (= non aedificandi), qualidade distintiva insulada do estado atual de plenitude ou penúria das funções ecológicas, pois, consoante a letra categórica da lei, indiferente esteja "coberta ou não por vegetação nativa" (art. 3º, II, do Código Florestal, grifo acrescentado).

Exatamente por isso e também para não premiar o vilipendiador serelepe (que tudo arrasa de um só golpe), a condição de completa desolação ecológica em vez de criar direito de ficar, usar, explorar e ser imitado por terceiros, impõe dever propter rem de sair, demolir e recuperar, além do de pagar indenização por danos ambientais causados e restituir eventuais benefícios econômicos diretos e indiretos auferidos (= mais-valia-ambiental) com a degradação e a usurpação dos serviços ecossistêmicos associados ao bem privado ou público - de uso comum do povo, de uso especial ou dominical.

6. Nomeadamente quanto à "faixa ciliar", a jurisprudência do STJ há tempos prescreve a intocabilidade e o cunho propter rem dessa modalidade de APP: "em qualquer propriedade", não podem as margens "ser objeto de exploração econômica" e "aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito", pois "se a manutenção da área destinada à preservação permanente é obrigação propter rem, ou seja, decorre da relação existente entre o devedor e a coisa, a obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental" (REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciuli Neto, Segunda Turma, DJ de 7/10/2002).

7. Na Área de Preservação Permanente estão proibidos usos econômicos diretos, ressalvadas hipóteses previstas em lista fechada, ou seja, estabelecidas por lei federal em sentido formal, como utilidade pública, interesse social, e ainda assim respeitados rígidos critérios objetivos de incidência e técnica hermenêutica (= interpretação restritiva). Para o STJ, "estando a construção edificada em área prevista como de preservação permanente, limitação administrativa que, só excepcionalmente, pode ser afastada (numerus clausus), cabível sua demolição com a recuperação da área degradada", haja vista contrariedade direta a dispositivos expressos do Código Florestal, que devem ser "interpretados restritivamente" (REsp 1.298.094/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 2.2.2016). Em sentido similar: "Induvidosa a prescrição do legislador, no que se refere à posição intangível e ao caráter non aedificandi da Área de Preservação Permanente - APP, nela interditando ocupação ou construção, com pouquíssimas exceções (casos de utilidade pública e interesse social), submetidas a licenciamento" (AgInt no REsp 1.572.257/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 17.5.2019). Ou ainda: "De acordo com o Código Florestal brasileiro (tanto o de 1965, como o atual, a Lei 12.651, de 25.5.2012) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a flora nativa, no caso de supressão, encontra-se uniformemente protegida pela exigência de prévia e válida autorização do órgão ambiental competente, qualquer que seja o seu bioma, localização, tipologia ou estado de conservação (primária ou secundária). Além disso, em se tratando de área de preservação permanente, a sua supressão deve respeitar as hipóteses autorizativas taxativamente previstas em Lei, tendo em vista a magnitude dos interesses envolvidos de proteção do meio ambiente" (REsp 1.362.456/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28.6.20130, grifo acrescentado).

8. No caso da vegetação ciliar, em acréscimo ao amparo das águas e à constituição de rede de corredores ecológicos, na sua ratio sobressai a intenção de prevenir deterioração do leito físico (calha) de córregos e rios e de inibir riscos gerados pelo acúmulo de sedimentos causadores de inundações e de graves ameaças à vida e à poupança da população, sobretudo da mais carente de recursos. "A proteção marginal dos cursos de água, em toda sua extensão, possui importante papel de proteção contra o assoreamento" (REsp 1.518.490/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15.10.2018). DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E DIREITO A MORADIA 9. Entre os onze imóveis objeto da presente Ação Civil Pública, há casas de veraneio, bar e farmácia. É o conhecido artifício de que se servem grileiros ambientais, pelo qual o ilegal em grau máximo - nas APPs urbanas, verdadeira infantaria precursora

de destruição, mas em rigor embrião de gentrificação imediata ou futura do terreno não edificável - lança mão da população de baixíssima renda como anteparo ético e de justiça social, pretexto esperto, mas vazio tanto de equidade como de legitimidade, destinado a sustentar e a reter, em proveito individual, comercial e de lazer, ocupações, construções e usos irregulares sobre espaços naturais legalmente protegidos em favor da coletividade. Tudo agravado, na espécie dos autos, pela comprovação inequívoca de que várias das construções foram erigidas em violação não só à letra clara da lei, mas também em aberta desobediência a autos de infração e interdição emitidos pelo Ibama.

10. No Estado Social de Direito, moradia é direito humano fundamental, o que não implica dizer direito absoluto, já que encontra limites em outros direitos igualmente prestigiados pelo ordenamento jurídico e com os quais convive em diálogo harmônico, entre os quais o direito à saúde, o direito à segurança, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sábios e civilizados seremos verdadeiramente reputados no dia em que o desrespeito à blindagem legal das Áreas de Preservação Permanente adquirir patamar de repulsa no povo, similar à provocada pela edificação, residencial ou não, em terrenos ocupados por bens públicos icônicos nacionais - como a Praça dos Três Poderes, em Brasília; o Parque do Ibirapuera, em São Paulo e o Aterro do Flamengo, no Rio de Janeiro.

11. A modalidade de conflito, em que se chocam direitos humanos fundamentais - p. ex., o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à água, de um lado, e o direito a moradia, do outro - não é desconhecida do Superior Tribunal de Justiça. Em precedente relativo à Represa Billings, que abastece milhões de paulistanos, o STJ já decidiu que, "no caso, não se trata de querer preservar algumas árvores em detrimento de famílias carentes de recursos financeiros"; ao contrário, cuida-se "de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as instaladas na área de preservação. Assim, deve prevalecer o interesse público em detrimento do particular, uma vez que, in casu, não há possibilidade de conciliar ambos a contento. Evidentemente, o cumprimento da prestação jurisdicional causará sofrimento a pessoas por ela atingidas, todavia, evitar-se-á sofrimento maior em um grande número de pessoas no futuro; e disso não se pode descuidar" (REsp 403.190/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 14.8.2006, p. 259).

12. Inexiste incompatibilidade mortal entre direito a moradia e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ponto de a realização de um pressupor o sacrifício do outro, falso dilema que nega a própria essência ética e jurídica do direito à cidade sustentável (Lei 10.257/2001, art. 2º, I). No direito a moradia convergem a função social e a função ecológica da propriedade. Por conseguinte, não se combate nem se supera miserabilidade social com hasteamento de miserabilidade ecológica, mais ainda porque água, nascentes, margens de rios, restingas, falésias, dunas e manguezais, entre outros bens públicos ambientais supraindividuais escassos, finitos e infungíveis, existem somente onde existem. Já terreno para habitação não falta, inclusive nas grandes metrópolis: o que carece é vontade política para enfrentar o vergonhoso déficit habitacional brasileiro, atribuindo-lhe posição de verdadeira prioridade nacional.

13. Construções e atividades irregulares em Áreas de Preservação Permanente, em especial nas margens de rios, encostas, restingas e manguezais, são convite para tragédias

recorrentes, até mesmo fatais, e prejuízos patrimoniais, devastadores, de bilhões de reais, que oneram o orçamento público, arrasam haveres privados e servem de canteiro fértil para corrupção e desvio de fundos emergenciais. Por exemplo, desastres urbanos (inundações, desmoronamentos de edificações, escorregamento de terra, etc.) estão em curva ascendente, no contexto de agravamento da frequência, intensidade e danosidade de eventos climáticos extremos e da vulnerabilidade de assentamentos humanos.

14. Na hipótese dos autos, quanto aos carentes de tudo, que construíram suas casas estritamente residenciais antes da autuação e interdição pelo Ibama, caberá ao Município omissis assegurar-lhes apoio material, inclusive "aluguel social", e prioridade em programas habitacionais, dever esse não condicionante nem impeditivo da execução imediata da ordem judicial de remoção das construções ilegítimas.

15. Por último, casas de veraneio e estabelecimentos comerciais não se encaixam, sob nenhum ângulo, no molde estrito de moradia para população de baixa renda. Daí, em Área de Preservação Permanente, ser "totalmente descabida a pretensão de grupos de pessoas que degradam referidas áreas para finalidades recreativas, acarretando ônus desmesurado ao meio ambiente e aos demais indivíduos" (AgInt no REsp 1.760.512/MS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 27.2.2019, grifo acrescentado). POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL 16. O próprio Código Florestal prevê procedimento administrativo peculiar, sob rigorosos requisitos, para a regularização fundiária urbana (Reurb) de interesse social e de interesse específico (Lei 12.651/2012, arts. 64 e 65), "na forma da lei". Tal fato indica ser descabido ao Poder Judiciário, sem lei e, pior, contra lei existente, regularizar ocupações individualmente - edificação por edificação -, mais ainda na posição de órfão de cautelas e estudos técnicos exigíveis da Administração, quando se propõe a ordenar o caos urbanístico das cidades.

17. Segundo o Código Florestal (grifos acrescentados), "poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda" (Lei 12.651/2012, art. 8º, § 2º). Impende recordar que o legislador veda, "em qualquer hipótese", a "regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa" bem como daquelas situações ilícitas que estejam "além das previstas nesta Lei" (art. 8º, par. 4º). Trata-se de regularização administrativa coletiva, ou seja, a um só tempo conduzida pelo Poder Executivo (portanto, não judicial) e incidente sobre "núcleo urbano informal" (portanto, desarrazoado aplicá-la ad hoc, para regularizar ocupações individuais isoladas), tudo sob o pálio da política urbana pública e mediante "a elaboração de estudos técnicos" e "compensações ambientais" (Lei 13.465/2017, art. 11, I e II, e § 2º). Tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública possuem legitimação para requerer a Regularização Fundiária Urbana ? Reurb (Lei 13.465/2017, art. 14, IV e V). ADENSAMENTO POPULACIONAL, ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E NON LIQUET AMBIENTAL 18. O argumento de que a área ilicitamente ocupada integra região de adensamento populacional não basta, de maneira isolada, para judicialmente afastar a incidência da legislação ambiental. Aceitá-lo implica

referendar tese de que, quanto maior a poluição ou a degradação, menor sua reprovabilidade social e legal, acarretando anistia tácita e contra legem, entendimento, por óbvio, antagônico ao Estado de Direito Ambiental. Além disso, significa acolher territórios-livres para a prática escancarada de ilegalidade contra o meio ambiente, verdadeiros desertos ecológicos onde impera não o valor constitucional da qualidade ambiental, mas o desvalor da desigualdade ambiental.

19. Afastar judicialmente o regime das Áreas de Preservação Permanente equivale a abrigar, pela via oblíqua, a teoria do fato consumado, na acepção tão criativa quanto inaceitável de que o adensamento populacional e o caráter antropizado do local dariam salvo-conduto para toda a sorte de degradação ambiental. Vale dizer:

quanto mais ecologicamente arrasada a área, mais distante se posicionaria o guarda-chuva ambiental da Constituição e da legislação. Em realidade, o reverso do que normalmente se espera, na medida em que o já elevado número de pessoas em situação de miserabilidade ambiental há de disparar, na mesma proporção, esforço estatal para oferecer-lhes, por meio de ordenação sustentável do espaço urbano, o mínimo ecológico-urbanístico, inclusive com eventual realocação de famílias. O STJ não admite, em tema de Direito Ambiental, a incidência da teoria do fato consumado (Súmula 613). Na mesma linha, a posição do Supremo Tribunal Federal: "A teoria do fato consumado não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo. Esse é o entendimento consolidado por ambas as turmas desta Suprema Corte. Precedentes: RE 275.159, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 11/10/2001; RMS 23.593-DF, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ de 2/2/01; e RMS 23.544-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 21.6.2002" (RE 609.748/RJ AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 23/8/2011).

20. Em região antropizada e de adensamento populacional, se a Ação Civil Pública não abarcar a totalidade dos infratores ou das infrações ambientais, nada de processualmente relevante expressa, porque inexistente obrigação legal de juntar comportamentos, independentes, de degradação do mesmo bem ambiental tutelado, mormente por ser incontestável que o autor, respeitadas as exigências legais, é gestor exclusivo da extensão subjetiva e objetiva que pretenda imprimir à demanda ajuizada. Sem falar que é inexistente litisconsórcio necessário em tais violações massificadas:

"o loteamento irregular ou a ocupação clandestina de bens dominicais do Poder Público, seja por se tratar de área de preservação permanente ou comum do povo ... enseja a possibilidade de o autor da ação civil pública demandar contra qualquer transgressor, isoladamente ou em conjunto, não se fazendo obrigatória a formação de litisconsórcio" (REsp 1.699.488/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 13/12/2018).

21. Por isso, descabe a afirmação de que, por se tratar de "ponta de iceberg" em região "antropizada", seria imprópria a intervenção do Judiciário. Primeiro, porque a jurisprudência do STJ "não ratifica a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para manter dano ambiental consolidado pelo decurso do tempo" (AgInt no REsp 1.542.756/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.4.2019). Segundo, porque a transgressão de muitos não apaga o ilícito, nem libera todo o resto para a prática de novas infrações. Terceiro, porque contrassenso imoral pregar a

existência de direito adquirido à ilegalidade em favor de um, ou de uns, e em prejuízo da coletividade presente e futura. Essa exatamente a posição do STJ enunciada reiteradamente: "em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado" (REsp 1.394.025/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 18.10.2013); "A natureza do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - fundamental e difusa - não confere ao empreendedor direito adquirido de, por meio do desenvolvimento de sua atividade, agredir a natureza, ocasionando prejuízos de diversas ordens à presente e futura gerações" (REsp 1.172.553/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 4/6/2014); "Reafirmo a impossibilidade de sustentar a proteção do direito adquirido para vilipendiar o dever de salvaguarda ambiental. Essa proteção jurídica não serve para justificar o desmatamento da flora nativa e a ocupação de espaços especialmente protegidos pela legislação, tampouco para autorizar a manutenção de conduta nitidamente lesiva ao ecossistema" (AgInt no REsp 1.545.177/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 22/11/2018).

22. No ordenamento jurídico brasileiro, o legislador atribui ao juiz enormes poderes, menos o de deixar de julgar a lide e de garantir a cada um - inclusive à coletividade e às gerações futuras - o que lhe concerne, segundo o Direito vigente. Portanto, reconhecer abertamente a infração para, logo em seguida, negar o remédio legal pleiteado pelo autor, devolvendo o conflito ao Administrador, ele próprio corréu por desleixo, equivale a renunciar à jurisdição e a afrontar, por conseguinte, o princípio de vedação do non liquet. Ao optar por não aplicar norma inequívoca de previsão de direito ou dever, o juiz, em rigor, pela porta dos fundos, evita decidir, mesmo que, ao fazê-lo, não alegue expressamente lacuna ou obscuridade normativa, já que as hipóteses previstas no art. 140, caput, do Código de Processo Civil de 2015 estão listadas de forma exemplificativa e não em *numerus clausus*.

23. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.782.692/PB, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/8/2019, DJe de 5/11/2019.) (Grifos acrescidos)

Ademais, um dos princípios norteadores da aplicação do direito ambiental consiste na vedação do retrocesso ecológico, sobre o qual a própria ordem constitucional está também estruturada, "[...] cujo sentido aponta para a possibilidade de combater qualquer iniciativa que represente marcha à ré em termos de proteção ambiental"⁴, a partir da criação de mecanismos tendentes sempre ao incremento e à rigidez do tratamento mais protetivo ao bem ambiental.

⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O fato consumado em matéria ambiental**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 275.

A Constituição Brasileira praticamente acolhe o princípio da vedação do retrocesso, senão nominalmente, implicitamente, em razão da combinação dos arts. 3º, inc. II, 4º, inc. IV, 5º, § 2º, e 60, § 4º.

A vedação ao retrocesso ambiental possui como escopo a limitação da liberdade de construção do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento da política vigente, o nível de concretização e difusão alcançado por normas que garantam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Min. Herman Benjamin considera o retrocesso como “a degradação da lei levando à degradação ambiental”⁵.

Gize-se que, uma vez alcançado determinado grau de concretização e efetividade de uma norma constitucional definidora de direitos fundamentais, há a criação de um direito subjetivo, ficando o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto que seja mais protetivo. A negação do referido princípio significaria que o legislador dispõe do poder de livremente tomar decisões, ainda que em flagrante desrespeito à vontade expressa do legislador constituinte.

Nesse sentido, vale colacionar o entendimento dos ilustres doutrinadores José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite:

Deixe-se frisado que o direito fundamental do meio ambiente **não admite retrocesso ecológico**, pois está inserido como norma e garantia fundamental de todos, tendo aplicabilidade imediata, consoante o art. 5º, §§1º e 2º, da Constituição. Além do que o art. 60, §4º, IV, também da Carta Magna, proíbe proposta de abolir o direito fundamental ambiental, nesse sentido considerado cláusula pétrea devido à sua relevância para o sistema constitucional brasileiro, como direito social fundamental da coletividade. (grifo nosso)⁶.

O princípio da proibição do retrocesso ambiental, portanto, busca proteger os titulares dos direitos fundamentais, uma vez que não se pode elaborar uma norma infraconstitucional que

⁵ BENJAMIN, Antonio Herman. **Princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 72.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato leite. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 198

venha a retroceder as garantias e tutelas jurídicas a um nível de proteção inferior àquele visualizado e posto no momento presente. No caso sob análise, a questão é ainda mais clara porquanto o recuo pretendido deriva de norma infralegal.

Trilhando esse raciocínio, importa ressaltar que o referido princípio se qualifica como um dos pilares do Estado de Direito Ambiental, encontrando fundamentação no art. 225 da Carta Magna, haja vista a existência de uma dimensão socioambiental da dignidade humana que atinge não só as presentes como as gerações vindouras.

De igual sorte, o órgão ambiental estadual, ao assim agir, na contramão do dever que lhe é imposto por força do disposto no artigo 225, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, desprotegeu ainda mais o meio ambiente, afrontando o princípio da proteção insuficiente ou deficiente.

Sobre o tema, ensinam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer:

Posto de outra forma, se, por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tal direito, pena de incorrer em violação à ordem jurídico-constitucional.

[...]

Se considerarmos o regime constitucional ecológico consagrado pela CF/1988, a *não atuação* (quando lhe é imposto juridicamente agir) ou a *atuação insuficiente* (de modo a não proteger o direito fundamental de modo adequado e suficiente), no tocante a *medidas legislativas e administrativas* voltadas ao combate à degradação do meio ambiente, pode ensejar até mesmo a responsabilidade do Estado, inclusive no sentido de reparar os danos causados a indivíduos e grupos sociais afetados pelos efeitos negativos dos danos ambientais.

Cabe ao Estado, portanto, por força dos seus deveres de proteção para com os direitos fundamentais, assegurar uma tutela efetiva de tais direitos, especialmente no que tange – o que assume uma posição de destaque para a esfera dos direitos sociais e ambientais – à garantia do *mínimo existencial ecológico*, que, nesse contexto, atua como uma espécie de

garantia do *núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente*, aspecto que será retomado mais adiante.

[...]

A insuficiência manifesta de proteção estatal — por exemplo, ausência ou insuficiência da legislação em dada matéria, conforme já se pronunciou o STF — caracteriza violação ao dever ou imperativo de tutela imputado ao Estado pela Constituição, e, consequentemente, a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva. Isso, por certo, torna possível o *controle judicial de tal déficit de agir do ente estatal*, por força, inclusive, da própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um *poder-dever*) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade⁷. (grifos nossos)

Mesmo que se faça uma interpretação menos lesiva ao meio ambiente, considerando que a aplicação da Resolução para fins de regularização de residências e da infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural (incluindo o acesso a essas atividades) deve ser precedida de aprovação do CAR e de apresentação de PRA, nos moldes destacados pelo CONSEMA na manifestação encaminhada a este CAOMA, a incompatibilidade dessa norma jurídica com o Código Florestal Federal é patente, não demandando esforço interpretativo extremado. Ademais, pode ela estar sendo aplicada por municípios licenciadores, replicando ilegalidades e afrontas à legislação ambiental vigente.

Conclui-se, assim, haver a Resolução CONSEMA nº 481/2022 conferido proteção deficitária às áreas de preservação permanente em comparação com o regramento nacional estabelecido pelo Código Florestal, o que deve ser de pronto coibido.

Encaminhe-se cópia desta Nota Técnica ao GAT-MP e à Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Porto Alegre, para as providências que entender cabíveis. Divulgue-se por e-mail a todos os colegas com atribuição na área ambiental, através de e-mail-circular.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Proibição de proteção insuficiente e direito a um meio ambiente equilibrado**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/direitos-fundamentais-proibicao-protacao-insuficiente-meio-ambiente-equilibrado>. Acesso em: 28 jun. 2023.



Porto Alegre, 29 de junho de 2023.

**Ana Maria Moreira Marchesan,
Procuradora de Justiça,
Coordenadora do CAOMA.**