FUNDAÇÃO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE DE FLORIANÓPOLIS
Rua Felipe Schmidt, n. 1320 - 5º Andar
Centro, Florianópolis/SC, CEP.: 88.010-002 - Tel.: (48)3251-6524.

PARECER JURÍDICO N. 86/2017

Processo: 436/2014 (20852/14)

Autuado: João Serafim Pereira

Trata-se de autuação pela construção de casa de 2 pavimentos em faixa de proteção do curso d´água, portanto, área de preservação permanente.

Intimado pessoalmente (fl. 02), apresentou defesa aduzindo, preliminarmente, a atipicidade da conduta e prescrição punitiva administrativa. No mérito, relata a antiguidade da casa e que a ocupação do solo se deu em conformidade com as necessidades do proprietário, havendo direito adquirido. Invoca também o princípio da razoabilidade e, como pedido subsidiário, a conversão da multa simples.

Foi-lhe oportunizado prazo para alegações finais (fl. 24), momento em que impugnou o parecer técnico das fls. 16-21).

A preliminar ventilada – especificação da norma infringida ou artigo ou alínea em que a conduta se tipifica – não tem o condão de afastar a análise do mérito.

Segundo firme jurisprudência pátria, na seara administrativa, isso não inquina de viciado o auto de infração ou qualquer outro instrumento equivalente lavrado. Eis:

> APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ACESSO DE ADOLESCENTE À CASA NOTURNA SEM OBSERVÂNCIA DAS PRESCRIÇÕES LEGAIS (ECA, ART. 258). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR. **NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. FALTA DE CAPITULAÇÃO DA CONDUTA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA E CIRCUNSTÂNCIAS DA INFRAÇÃO ESPECIFICADAS. REQUISITOS**

> **DO ART. 149, § 1°, DO ECA PREENCHIDOS. PREFACIAL REJEITADA.** MÉRITO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENALIDADE APLICADA. MULTA COMINADA EM 10 SALÁRIOS MÍNIMOS SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2012.077216-0, de Lages, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 05-03-2013). **(grifo nosso).**

E isso ainda mais quando possibilita o pleno exercício dos postulados da ampla defesa e contraditório. Assim:

> **(...)**
> "No procedimento fiscal, a observância das exigências legais quanto às formalidades tem por escopo garantir ao sujeito passivo da obrigação tributária a ampla defesa. **Se nenhum prejuízo resultar ao seu exercício, eventual vício formal não conduzirá à nulidade do lançamento (AgRgAI n. 81.681, Min. Rafael Mayer; AgRgAI n. 485.548, Min. Luiz Fux; REsp n. 271.584, Min. José Delgado)** (...). Em favor da dívida tributária regularmente inscrita milita presunção de liquidez e certeza (CTN, art. 204; Lei 6.830/80, art. 3°)" (TJSC, AC n. 2010.086624-1, rel. Des. Newton Trisotto, j. 7.6.11). **(Grifo nosso)**

> **ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PENA. APLICAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.** 1. "O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta, não tem o condão de inquinar de nulidade o Processo Administrativo Disciplinar; **a descrição dos fatos ocorridos, desde que feita de modo a viabilizar a defesa do acusado, afasta a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa"** (MS 14.045/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, DJe 29/4/10) **(grifo nosso).**

No caso em apreço, é nítido no AIA n° 13149/2014 que o

fiscal, além de especificar as normas infringidas e descrever sumariamente os fatos, não deixou dúvidas do motivo da lavratura do auto. Registre-se que o RFA anexo, da qual a defesa teve acesso, complementou ainda mais essa motivação e o agir administrativo fiscalizatório na região dos fatos.

Em síntese, o auto de infração, com seus elementos, é preciso e claro, sendo equivocada a hipótese de impossibilidade da defesa por não se conhecer a acusação. Isso se verifica ainda mais na defesa apresentada. E a conduta, sim, amolda-se ao conteúdo do artigo 74 do Decreto 6.514/2008.

Quanto ao reconhecimento da prescrição punitiva, é de se ter em conta que a autuação se deveu a uma construção em área de preservação permanente, tratando-se logo de infração permanente/continuada, a qual só se inicia a contagem do prazo prescricional após o dia em que esta tiver cessado, nos termos do art. 21, *in fine*, do Decreto nº 6.514/08 (art. 1.º, §1.º, da Resolução Comdema n. 001/2006). Enquanto mantém o que construiu, prazo prescricional não corre.

Ultrapassadas as preliminares, o auto de infração merece ser julgado procedente.

A materialidade da infração se extrai do conteúdo do RFA das fls. 03-06 e, principalmente, do que é dito na Folha de Rotina n. 767/2015-DILIC, que averiguou três cursos d´água natural no local dos fatos.

A conclusão é taxativa: *(...)"afirma-se que a edificação encontra-se inserida dentro de faixa marginal de preservação*

permanente (APP) de cursos d´água (...)"

A defesa não tem o condão de desconstituí-la, porque *"afora a inexistência de direito adquirido à degradação ambiental, o fato consumado não afasta a ilegalidade da situação, nem impede a remoção de construções e/ou benfeitorias (...), o que afasta qualquer afronta a ato jurídico perfeito". (TRF4, AC 5000046-15.2012.404.7216, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 02/05/2017).*

Ou seja, o fato de já existir uma construção antiga no local não gera direito. Repita-se: não há direito adquirido em confronto com normas que visam à proteção ambiental, conforme entendimento consolidado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

(...)

"Irreparável a determinação de demolição de obra edificada em área de preservação permanente. Não há direito adquirido em confronto com normas de preservação ambiental quando houver lei estabelecendo expressamente os requisitos objetivos para as construções, tanto em área urbana, como às margens de rios e córregos. (Reexame Necessário n. 2009.022242-1, da Capital, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 16.03.2010)."

De pouca valia, pois, as declarações das fls. 12-14, eis que estando somente a apenas 4 metros do curso d´água, já vigia a proibição do Código Florestal de 1965.

Registre-se que, *(...)"o descumprimento da legislação que institui e regula áreas de preservação permanente e de proteção integral, por si só,* ***faz presumir o dano ecológico,***

porquanto, se assim não fosse, "o dispositivo não teria razão de ser, perdendo de vista seu objetivo, qual seja o de preservar o meio ambiente" (ED em AC n. 1998.013188-0, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 17.3.2003). **(grifo nosso).**

Por outro giro, o autuado não apresentou qualquer chancela administrativa municipal prévia (alvarás, licenças etc) para a edificação, de forma que *(...), "a falta da licença basta para caracterizar a clandestinidade da obra, não restando outra alternativa senão a sua remoção, no intuito de preservar o meio ambiente local" (RN n. 2007.047550-7, rel. Des. Cid Goulart, j. 7.10.2008).*

O tema ventilado da área urbana consolidada só teria sentido se fosse apenas buscada isoladamente a remoção da habitação da autuada. Nesse caso, certamente, o ganho ambiental seria mínimo. É o que comunga, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região:

> **ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO DA EDIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ZONA URBANA CONSOLIDADA.** 1. Embora o imóvel esteja localizado em área de preservação permanente (unidade de conservação), mais precisamente em Área de Proteção Ambiental das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, a circunstância de ter sido edificado há mais de trinta anos e inserir-se em zona urbana de ocupação histórica, que remonta, pelo menos, à década de 1960, torna desarrazoada a sua demolição, especialmente em face da ausência de vegetação no local, desde longa data, e da existência de toda uma infraestrutura, com rede de esgoto, pavimentação de ruas, energia elétrica e água potável. **2. As restrições à construção em áreas de preservação permanente, localizadas em zonas urbanas consolidadas e antropizadas, nas quais a recuperação integral do meio ambiente ao seu estado natural mostra-**

> **se inviável, são passíveis de mitigação, por depender de ação conjunta, com a remoção de todas as construções instaladas nas proximidades. A retirada de uma edificação isoladamente não surtiria efeitos significantes ao meio ambiente, haja vista que as adjacências do local remanesceriam edificadas.** (TRF4, AC 5005359-11.2012.404.7004, QUARTA TURMA, Relator SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, juntado aos autos em 29/02/2016) (grifo nosso).

Ocorre que, na localidade do Rio Tavares as autuações chegaram às dezenas, de modo que a aplicação das sanções para a autuada e para todos aqueles que se encontram em situação irregular similar representará relevante e significativo ganho ambiental, após a restauração/reparação ecológica.

No ponto, ainda, merece atenção a distância que a edificação autuada tem em relação a outras habitações ou imóveis. Está afastada, de modo que flagrantemente não se verifica ser a área urbana consolidada. Nem inscrição imobiliária tem.

Por último, apresenta a defesa colisão das medidas administrativas com o direito à moradia. Fala-se em razoabilidade.

Tal como os demais direitos fundamentais, esse direito não pode ser considerado como absoluto e imune a restrições. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes[1] *"os valores constitucionais em conflito configuram elementos essenciais da ordem*

[1] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

democrático-liberal estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado superior ao outro". Complementa que, *"na ponderação não se atribui primazia absoluta a um ou a outro direito, e sim esforça-se para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação"*.

No caso de que cuidam esses autos, o direito que deve ser mitigado é o direito à moradia relativamente ao também direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado(art. 225 da CF), cujo resguardo garante benefícios à presente e futuras gerações.

Colhe-se:

(...)

Entre o risco demonstrado de agressão ao meio AMBIENTE e os eventuais prejuízos a serem suportados pelo particular, em obediência ao princípio da proporcionalidade, impõe-se seja protegido o bem maior - o interesse coletivo (AI n. 2002.009857-0, de Joinville).

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APP E ÁREA DE MANGUEZAL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE RECOMPOR O MEIO AMBIENTE DEGRADADO. DIREITO DE MORADIA EM CONFRONTO COM O DIREITO À PROTEÇÃO AMBIENTAL. (...) 2. A região na qual o réu construiu a casa é qualificada como terreno Área de Proteção Permanente. Além disso, por situar-se na região litorânea, propicia a formação da vegetação conhecida como manguezal, objeto de especial proteção. Restou comprovado que o local em que construído o imóvel, objeto da lide, trata-se de Área de Preservação Permanente, tal como disciplina o Código Florestal, demonstrando a necessidade de preservação e sua influência no equilíbrio do sistema lá existente. 3. A degradação ambiental resta comprovada nos autos. **4. Sopesando o direito à propriedade e a proteção do meio ambiente, em se tratando de construções que podem**

> **ocasionar dano a esse, imperioso fazer-se valer o princípio da precaução. 5. Apelação a que se nega provimento.** (TRF4, AC 5017972-57.2012.404.7200, QUARTA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 04/02/2016). **(grifo nosso).**

> **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DE CONSTRUIR. CONSTRUÇÃO CLANDESTINA. CHOQUE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À MORADIA E AO MEIO AMBIENTE. PREVALÊNCIA DESTE ÚLTIMO, QUANDO EM JOGO OS INTERESSES MAIORES DA COLETIVIDADE. DEMOLIÇÃO PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE DANO EFETIVO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE QUE NÃO JUSTIFICA O ILÍCITO. RECURSO PROVIDO.** (Apelação Cível n. 2008.067060-5, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 23.02.2010).

Logo, é de ser superada as alegações suscitadas para manter-se hígida a autuação da FLORAM.

Premente aquilatar-se o sancionamento devido à luz dos critérios do artigo 4.° do Decreto n. 6.514/2008 e dos Anexos da Portaria n. 17/2013/GABP-FATMA/BPMA-SC, de outubro de 2013.

Sob esse prisma, no caso em apreço, resulta que o nível de gravidade é **Médio I**, eis que: a)a conduta foi intencional porque lhe era possível conhecer das proibições das leis ambientais (20); b)os efeitos são reversíveis em curto prazo, até porque ausentes elementos para se aferir serem de médio ou longo prazo, quiçá irreversíveis(20); c)não houve efeitos deletérios para a saúde pública (0).

Diante do requerimento da autuada, solicitando a conversão da multa em execução de serviços de melhoria

ambiental, sugiro o indeferimento do solicitado, nos moldes do que determina o artigo 144, do Decreto Federal n. 6514/2008:

> Art. 144. A conversão de multa destinada à reparação de danos ou recuperação da áreas degradadas **pressupõe que o autuado apresente pré-projeto acompanhando o requerimento**. **(grifo nosso)**

Assim, transportando ao "Quadro de Valoração por Artigo" da Portaria n. 17/2013/GABP-FATMA/BPMA-SC e tendo em vista a ausência de elementos para se dimensionar a capacidade econômica do autuado, sugiro sanção em R$ 10.500,00 pela infringência do artigo 74 do Decreto 6.514/2008, até porque inaplicáveis minorantes, majorantes ou reincidência.

Ademais, cabível a demolição da casa de 2 pavimentos (art. 19, Decreto 6.514/2008) e a remoção dos seus entulhos, no prazo de 30 dias, mais a apresentação de proposta de recuperação da área degradada (seja por PRAD ou instrumento congênere), no prazo de 90 dias.

Em 27/07/2017.

Fernando Sartori

Procurador do Município

FUNDAÇÃO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE DE FLORIANÓPOLIS
Rua Felipe Schmidt, n. 1320 - 5º Andar
Centro, Florianópolis/SC, CEP.: 88.010-002 - Tel.: (48)3251-6524.

JULGAMENTO EM 1.º GRAU

AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL (AIA)

AIA : 13149/2014
Processo(s) Administrativo(s): 436/2014 (20852/14).
Autuado: João Serafim Pereira
CNPJ/CPF: 030.016.609-53
Endereço: Rodovia Antônio Moura Luiz Gonzaga, 3730, Rio Tavares.

DISPOSITIVO

Considerando o acima esposado, **JULGO PROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO N. 13149/2014, aplicando multa simples no valor de R$ 10.500,00 reais.**

Ademais, cabível a demolição da casa de 2 pavimentos(art. 19, Decreto 6.514/2008) e a remoção dos seus entulhos, no prazo de 30 dias, mais a apresentação de proposta de recuperação da área degradada (seja por PRAD ou instrumento congênere), no prazo de 90 dias.

Comunique-se o autuado.

Florianópolis, 26/07/2017.

MARIO DAVI BARBOSA
SUPERINTENDENTE DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE