



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

PROCURADORIA DO INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2019.

Parecer n.º 28/2019 – ACC

Ref.: Processo: E-07/0002.30372/2018

Consulta sobre a possibilidade de demolição de construções no Município de Angra dos Reis. Edificação unifamiliar que supera a restrição de 8m de altura do gabarito (Decreto Estadual n.º 20.172/1994 – Plano Diretor) e muro erguido sobre costão rochoso. Relato Técnico que atesta a possibilidade de manutenção da edificação com base em entendimento pela aplicação de norma administrativa mais benéfica ao administrado (Decreto Estadual n.º 44.175/2013 – Plano de Manejo que revogou o Plano Diretor). Possibilidade, mas por fundamento diverso. Violação da proporcionalidade na sua dimensão de adequação da medida em relação ao fim visado. Muro que não se enquadra nessa possibilidade. Observância do Parecer GC n.º 11/2017 que revisou a CI PROC n. 244/2011. Ausência de impeditivos para demolição administrativa do muro. Necessidade de celebração de TAC em razão da manutenção da edificação. Recomendação de previsão do desfazimento do muro como uma das obrigações do interessado. *Maui*

inea instituto estadual
do ambiente

SEAS Secretaria de
Estado do
Ambiente e
Sustentabilidade



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO
VAMOS VIRAR O JOGO



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

I. RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Superintendência Regional da Baía de Ilha Grande – SUPBIG (fl. 124) sobre a possibilidade de manutenção do gabarito de edificação que contraria o Plano Diretor da Área de Proteção Ambiental - APA de Tamoios, em vigor à época da construção, no Condomínio Ponta do Cantador, no município de Angra dos Reis e da demolição administrativa de construções localizadas em costão rochoso.

Inaugurou o processo em referência a juntada de cópia do processo E-07/201.744/2006, da extinta FEEMA, no qual o Sr. Claudio de Lima Sório solicitou licença de Instalação para construção de residência unifamiliar localizada no Condomínio Ponta do Cantador (fls. 03/109).

Consta Relatório de Vistoria nº 03.03.09 da SUPBIG (fls. 19/22) em que foi noticiado (i) a existência de construção de muro sobre costão rochoso; (ii) que o muro não estaria contemplado pela Licença de Instalação; (iii) que a edificação foi construída com altura superior à permitida (fl. 19/22).

Consta Parecer RDC nº 30/2014 (fls. 32/49) em que se concluiu que (i) a edificação residencial unifamiliar objeto da LI nº FE011494 (fl. 69), expedida em 2006 pela FEEMA, foi construída em desacordo com a legislação vigente à época, por apresentar altura superior aos 8m (oito metros) permitidos Plano Diretor da APA de Tamoios (Decreto Estadual nº. 20.172/1994) e não respeitou a condição de validade nº 5 da LI que previu a obrigação de atendimento aos critérios estabelecidos no Plano Diretor da referida APA; (ii) a necessidade de adequação da edificação à regra prevista no art. 7º, V, do Decreto nº 20.172/1994 que estabeleceu o limite máximo de oito metros para as edificações, o que enseja a remoção da área excedente edificada; (iii) caso o requerente não manifeste interesse em celebrar o TAC, a remoção da parcela irregular da edificação unifamiliar que exceder os 8m (oito metros) estaria condicionada a observância dos pressupostos previstos na CI PROC. nº 244/2011; (iv) quanto ao muro, sugeriu-se que o requerente fosse notificado a comprovar a data da execução da construção em área protegida. Em não se verificando a conformidade da construção com quaisquer das situações excepcionais, necessária seria sua remoção, mediante a observância dos pressupostos previstos na CI PROC. nº 244/2011. *Man*





GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

Consta Auto de Constatação SUPBIGGCON/01010872 por violação ao art. 84 da Lei 3.467/2000 (fl. 55) e Notificação SUPBIGNOT/01044676 (fl. 56) para desfazimento do muro de contenção e escada sobre o costão rochoso e da parte da edificação que excedeu o limite de altura.

Consta manifestação do Sr. Claudio de Lima Sírío (fls. 57/63) refutando a ocorrência de ilícitos ambientais relacionados com a construção do muro e da edificação do imóvel residencial. Juntou cópias de documentos, inclusive, da LI (fl. 66/75).

Consta Parecer RDC nº 06/2015 (fls. 80/84) em que concluiu que (i) embora o notificado afirme não ter cometido qualquer irregularidade, o Plano Diretor da APA e a condicionante nº 5 da licença foram descumpridos, restando evidenciado nos autos a violação do artigo 84 da Lei 3.467/2000; (ii) a LI nº FE011494 não parece ter autorizado a construção do muro e da escada sobre o costão rochoso. Ainda que não se tivesse dúvida da ilegalidade dessas construções, deveria ser elaborado parecer técnico abordando as medidas necessárias para recompor o meio ambiente agredido na APP, bem como os aspectos previstos na CI PROC nº 244/2011, a fim de basear a decisão do Inea pela demolição administrativa ou judicial dessas estruturas.

Consta manifestação da SUPBIG (fl. 95) informando que (i) o imóvel é utilizado como domicílio pelo proprietário, o que inviabilizaria a demolição administrativa; (ii) as ações de desfazimento do costão rochoso devem ser antecedidas de requerimento de autorização e deverão contemplar as medidas necessárias de recomposição ambiental; (iii) como o proprietário assumiu o risco com as construções e tem o dever de recompor o meio ambiente, a demolição não ocasionaria danos maiores.

Consta manifestação desta Procuradoria (fl. 103) informando ser indispensável a manifestação da Presidência para decidir sobre o ajuizamento de ação judicial e posterior encaminhamento para a Procuradoria, bem como se reafirmando as conclusões do Parecer RDC nº 06/2015.

Consta Relato Técnico nº 023.06.18 (fls. 106/108) em que se apontou para a possibilidade, quanto ao imóvel residencial, de que fossem observados os termos do



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

Parecer n° FP 06/2014, considerando afastar o art. 10, §1°, do Decreto Estadual n° 44.175/13.

Além disso, ressalta o Relato Técnico que, levando em conta a construção em ZOC II da APA de Tamoios, sendo aplicados os parâmetros de uso e ocupação do solo, e que a edificação teria alvará municipal, concluir-se-ia que estaria de acordo com o Plano de Manejo e não deveria ser solicitada adequação do gabarito. Já quanto ao muro, tendo em vista sua construção sobre APP, não seria viável sua manutenção, com exceção do caso da construção ser anterior à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, diploma normativo que definiu o costão rochoso como área de APP.

Consta Notificação SUPBIGNOT/01094661 (fl. 117), dirigida ao Sr. Claudio de Lima Sírío, para apresentar documentação que comprove que a construção do muro e da escada sobre APP se deram antes de 05 de outubro de 1989.

Consta manifestação do interessado (fl. 116) informando que a construção do muro foi anterior à Licença de Instalação e que não existe escada sobre o costão rochoso, haja vista que houve a sua demolição quando do licenciamento em 2006.

Consta Relato Técnico n° 031.08.18 (fls. 122/123) em que se concluiu pela não comprovação da data de construção do muro, pois o fato de ser anterior à LI apenas confirmaria sua irregularidade. Ato contínuo, concluiu-se pela possibilidade de demolição administrativa do muro.

Por fim, consta sugestão da Superintendência (fl. 124) para que o processo seja encaminhado à Procuradoria para manifestação quanto à manutenção do gabarito da edificação e da possibilidade de demolição administrativa do muro.

II. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Da situação jurídica do imóvel com gabarito superior ao permitido

Pelo que consta dos autos, o interessado teria edificado residência unifamiliar em terreno localizado no Condomínio Ponta do Cantador, no município de Angra dos Reis. No entanto, tendo em vista que o local da edificação está inserido na Área de Proteção *Acum*

inea instituto estadual
do ambiente

SEAS

Secretaria de
Estado do
Ambiente e
Sustentabilidade



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO
VAMOS VIRAR O JOGO



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

Ambiental - APA de Tamoios, mais precisamente na "Zona de Ocupação Controlada – ZOC 2", a concessão da LI para a construção foi subordinada ao atendimento das exigências do Plano Diretor da referida APA (Decreto nº 20.172/1994), em vigor à época.

Ocorre que posteriormente à concessão da LI foi recebida pela Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente – FEEMA (atualmente, Inea) denúncia informando possíveis irregularidades na edificação licenciada, tendo em vista que o gabarito da construção seria superior aos 8m (oito metros) permitidos pelo Plano Diretor da APA Tamoios e por estar localizada em costão rochoso.

Depois de realizada vistoria no local constatou-se que a edificação foi construída com altura superior à permitida pelo Plano Diretor da APA de Tamoios, bem como a construção de muro sobre o costão rochoso, considerado área de preservação permanente pela Constituição Estadual, a saber:

Art. 268 - São áreas de preservação permanente:

I - os manguezais, lagos, lagoas e lagunas e as áreas estuarinas;

II - as praias, vegetação de restingas quando fixadoras de dunas, as dunas, **costões rochosos** e as cavidades naturais subterrâneas-cavernas; (Grifou-se)

Verificada a inobservância das normas ambientais o caso foi submetido para apreciação desta Procuradoria em duas distintas ocasiões, gerando os Pareceres RDC nº 30/2014 e 06/2015.

Nas oportunidades concluiu-se, em sentido uniforme, que (i) embora a edificação tenha sido licenciada, o Plano Diretor da APA e a condicionante nº 5 da LI foram descumpridos; (ii) a LI nº FE011494 não autorizava a construção do muro e da escada sobre o costão rochoso; e (iii) deveria ser elaborado parecer técnico abordando os aspectos previstos na CI PROC nº 244/2011 com o fim de embasar a decisão pela demolição administrativa ou judicial das construções, sugerindo-se a demolição pela via judicial para a residência e pela via administrativa para o muro.

Nada obstante, no Relato Técnico nº 023.06.18 da SUPBIG foi apontada a possibilidade de manutenção do gabarito da edificação, em razão da superveniência do Plano de Manejo da APA de Tamoios. *Na*

inea instituto estadual
do ambiente

SEAS

Secretaria de
Estado do
Ambiente e
Sustentabilidade



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO
VAMOS VIRAR O JOGO



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

A APA de Tamoios, unidade de conservação de uso sustentável, foi criada pelo Decreto Estadual nº 9.452/1986, que definia seu território em 22.530 hectares, e seu Plano Diretor foi inicialmente instituído pelo Decreto Estadual nº 20.172/1994.

Todavia, com a criação, em 2000, do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), a APA foi recepcionada como Unidade de Conservação do grupo de uso sustentável, e, nesse contexto, foi editado o Decreto Estadual nº 44.175/2013, que aprovou seu Plano de Manejo, estabelecendo seu zoneamento e dando outras providências.

O problema que se coloca é que o regramento aparentemente infringido pelo interessado, Decreto nº 20.172/94¹, foi sucedido e revogado pelo Decreto nº 44.175/13², o qual contém normas mais permissivas para edificação, remetendo agora para previsões municipais de uso e ocupação do solo.

Assim, com lastro no Parecer nº FP 06/2014, a área técnica entende pela aplicação da norma mais benéfica ao infrator, *in casu*, o Plano de Manejo em conjunto com a normatização municipal que permite a construção com gabarito com maior que 8m (oito metros) de altura, afastando-se assim a necessidade de demolição ou adequação de gabarito.

Sobre o tema, Di Pietro registra que “*não existe na Lei de Processo Administrativo norma expressa admitindo a aplicação retroativa da lei posterior que seja mais benéfica ao administrado*”³. Nessa linha, Fabio Medida Osório sustenta que a aplicação da retroatividade da norma mais benéfica não decorreria de uma previsão no ordenamento, mas antes de um “*imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia*”⁴.

¹ Decreto nº 20.172/1994. Art. 7º - A ocupação do solo no território da APA deverá obedecer aos seguintes critérios: V – As edificações terão altura máxima de 8m, não podendo ultrapassar a hipsométrica máxima local.

² Decreto 44.175/13. Art. 32º. Fica estabelecido para a ZOC - II: I - os parâmetros de uso e ocupação do solo, definidos por legislação municipal, observada a legislação ambiental e respeitadas as eventuais disposições das legislações de demais órgãos competentes;

³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, v. 2, n. 12, p. 14-46, jul./dez. 2016, p. 44.

⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3ª. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 268.





GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

A possibilidade de retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador tem sido por vezes encampada, vide a seguinte ementa de julgado recente do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição.

III - Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente.

IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se íntegros os demais atos processuais.

V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido.

(RMS 37.031/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018) (Grifou-se)

Entretanto, Fabio Medida ressalta que a aplicação da retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador tem especificidades em relação ao direito penal. De acordo com o autor, seria possível ao legislador assinalar expressamente a irretroatividade de determinada disposição, desde que tal disposição não seja arbitrária e



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

nem atente contra direitos fundamentais indisponíveis, analisando sua funcionalidade dentro do quadro constitucional⁵.

Foi nesse sentido que o Parecer RDC n° 30/2014 bem assinalou que seria necessário observar a previsão do art. 10, §1°, do Decreto 44.175/13, de que "*os pedidos de regularização deverão ser analisados conforme a legislação vigente à época da construção*"⁶. Assim, levando em conta a própria previsão da norma superveniente, concluiu-se no parecer citado que:

Sabendo-se que a legislação vigente à época da construção em comento era o Plano Diretor da APA e não o Plano de Manejo, resta evidente a necessidade de se adequar a regra prevista no art. 7º, V, do Decreto nº 20.172/1994 que estabeleceu o limite máximo de 8m (oito metros) para as edificações, o que enseja a remoção da área excedente edificada.

Reforçaria a tese de irretroatividade o fato de que não se discute aqui imposição de uma sanção administrativa, uma vez que não houve notícia de lavratura de Auto de Infração pela inobservância da LI, mas sim de efetiva obrigação de natureza cível do interessado em readequar sua construção aos padrões ambientais vigentes ao tempo da edificação. Por sinal, ressalte-se que foi até mesmo afirmado no Parecer RDC n° 30/2014 a inviabilidade de aplicação das sanções administrativas dispostas na Lei Estadual nº 3.467/2000, haja vista a incidência da prescrição da ação punitiva.

Portanto, distante das pretensões punitivas do Direito Administrativo Sancionador, a discussão nos autos seria restrita ao âmbito da readequação ambiental do imóvel, afastando a imposição de retroatividade da norma mais benéfica ao administrado, na forma apontada pelo Parecer n° FP 06/2014.

⁵ OSÓRIO, Fabio Medina. Op. cit., p. 268.

⁶ Decreto 44.175/13. Art. 10 - Decreto Estadual nº. 44.175/13 - Todas as construções, reformas ou acréscimos de imóveis inseridos na APA Tamoios deverão ser objeto de regularização por meio de licenciamento ambiental.

§ 1º - Os pedidos de regularização deverão ser analisados conforme a legislação vigente à época da construção, reforma ou acréscimo cabendo ao interessado demonstrar o momento da construção. *Assim*



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

Processo n. E-07/0002.30372/18

Data: 04/07/2018 Fls. 130

Rubrica

ID: 2347084

Sem prejuízo, ainda que por fundamento diverso ao da retroatividade da norma no direito administrativo sancionador, a convalidação da situação jurídica do imóvel é medida que no momento se apresenta como mais acertada.

Como é cediço, forte é a aceitação contemporânea de que o princípio da proporcionalidade se subdividiria em três diferentes subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁷. Segundo Claudio Pereira e Daniel Sarmiento, para o primeiro exame de proporcionalidade, aquele da adequação da medida, deve-se verificar "(...) se a aventada restrição ao bem jurídico tutelado por uma das normas constitucionais em conflito ao menos contribui para a promoção daquele protegido pela norma contraposta (...)"⁸, e se "(...) a resposta for negativa, isto basta para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade desta medida restritiva."⁹

Logo, em um juízo de adequação da medida restritiva de direito fundamental deve-se demonstrar a aptidão de tal medida para promoção do bem jurídico, justificando-se assim, em um primeiro momento, a restrição. Do contrário, não sendo apta a medida para o atingimento do fim visado, haveria incontornável desproporcionalidade.

Aplicado ao caso concreto, forçoso se concluir pela inadequação da demolição para o atingimento da proteção do meio ambiente na APA de Tamoios. Afinal, se o Plano de Manejo simplesmente remete para normas municipais de uso e ocupação do solo, as quais permitiriam a construção na forma originalmente realizada, ou seja, com mais de 8m de gabarito, qual seria o ganho ambiental com a demolição desse único imóvel, mas a permanência de outros construídos após o Plano de Manejo com mais de 8m de gabarito.

Além disso, qual seria o sentido lógico em se pretender o desfazimento da obra se o interessado poderia logo após reedificar nas mesmas condições de acordo com a legislação contemporânea?

⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁸ SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 518

⁹ Ibid.



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

De fato, mostra-se irrazoável e desproporcional que se intente a demolição de um imóvel utilizado como residência familiar por mais de uma década quando as normas ambientais contemporâneas permitem a edificação com as características do imóvel. Seria uma aplicação estrita e automática do Direito, olvidando para sua operatividade, sociabilidade e proteção de direitos fundamentais em situação na qual o fim pretendido, a proteção do meio ambiente, nem mesmo seria atingida nos termos das normas contemporâneas.

Enfim, em que pese não se entender que seja o caso de aplicação dos termos do Parecer nº FP 06/2014, a posição é a de que a situação jurídica da construção residencial do interessado pode ser convalidada, dada a inadequação da medida de demolição para os fins de proteção ambiental perseguido. Sem prejuízo, a manutenção do imóvel nas atuais condições deve observar medidas de compensação específicas a serem estipuladas através da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, que será tratado mais adiante.

2.2 – Da situação jurídica do muro construído sobre costão rochoso

Apesar do entendimento pacificado entre as manifestações da Procuradoria e da área técnica, no sentido de que deverá ser promovida a demolição administrativa do muro construído em costão rochosos, considerado como área de preservação permanente - APP pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vale ratificar o posicionamento.

Segundo se depreende dos autos, tanto dos pareceres RDC nº 30/2014 e 06/2015 quanto dos relatos técnicos, todos foram uníssomos no sentido da ilicitude da construção do muro, reafirmando ainda que sua presença configuraria infração permanente impassível de convalidação no caso concreto.

Nessa linha, foi assinalado o seguinte trecho no Relato Técnico nº 023.06.18:

Analisando as informações sobre as construções em costão rochoso, como considerados nos pareceres, estas estão em APP e não foram contempladas pela LI Nº FE011494 e nem pelo Alvará, e, ainda que fossem, continuariam irregulares e desta forma devem ser adequadas.

Aquau

inea instituto estadual
do ambiente

SEAS

Secretaria de
Estado do
Ambiente e
Sustentabilidade



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO
VAMOS VIRAR O JOGO



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

Com efeito, a única exceção para aceitação do muro foi levantada no Parecer RDC nº 30/2014 em caso do interessado comprovar *"que a construção tenha sido executada antes de 05 de outubro de 1989, (...), visto que os costões rochosos só passaram a ser considerados como APP com a edição da Constituição Estadual do Rio de Janeiro de 05 de outubro de 1989."*

Entretanto, conforme bem apontado no Relatório Técnico nº 031.08.18, o interessado restringiu-se em apontar a anterioridade do muro em relação à LI, de modo que a hipótese excepcional não se aplicaria.

Nesses termos, tal como anteriormente apontado nos pareceres jurídicos e relatos técnicos, deve ser analisada a configuração de situação de demolição administrativa ou judicial à luz do Parecer GC nº 11/2017 que revisou a CI PROC n. 244/2011. No caso, a demolição administrativa é, em regra, possível nas seguintes situações:

- (i) Grande risco para o meio ambiente e/ou terceiros – não só é recomendável, como deve ser feita de forma rápida, justamente para evitar o dano; e
- (ii) Inequívoca ilegalidade da construção – a ilegalidade é flagrante, sem necessidade de qualquer constatação ou medição fática ou de solucionar qualquer dúvida jurídica razoável. A demolição é recomendada em nome da efetividade da legislação ambiental, desde que não haja motivos que a impeçam, como os elencados na seção abaixo. Incluem-se as hipóteses nas quais a construção já tenha sido objeto de embargo ou interdição pelo Poder Público, tendo sido ignorado ou descumprido pelo infrator.

Com efeito, em determinadas circunstâncias não será possível efetivar a demolição pela via administrativa, sendo imprescindível a intervenção do Poder Judiciário. Rememoradas nos pareceres RDC nº 30/2014 e 06/2015, estas hipóteses ocorreriam nos seguintes casos:

- (i) Construção utilizada como moradia – tem por fundamento a proteção constitucional à moradia, assegurada pelos arts. 5º, XI, e 6º da Constituição Federal de 1988, o que não inclui, por evidente, a utilização para fins de veraneio;
- (ii) Construção concluída há mais de 10 (dez) anos sem que tenha sido instaurado qualquer procedimento administrativo – fundamenta-se nos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade;
- (iii) Existência de dúvida razoável acerca da legalidade da construção;
- (iv) Infração meramente formal com possibilidade de convalidação do ato – é o caso de uma construção que respeitou integralmente o conteúdo

inea instituto estadual
do ambiente

SEAS

Secretaria de
Estado do
Ambiente e
Sustentabilidade



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO
VAMOS VIRAR O JOGO



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

material (restrições, ocupação máxima, uso etc.) das normas aplicáveis, mas que foi realizada sem o requisito da manifestação prévia do Poder Público. Em se tratando de um ilícito, formal, justifica-se a imposição de sanção pecuniária, mas não a demolição, tendo em vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; e

(v) Existência de prévia licença ambiental – fundamenta-se na presunção de validade dos atos administrativos e no princípio da confiança legítima.

Levando em conta essas previsões, no último relato da área técnica sobre o caso foram apresentados como fundamentos para a inexistência de impedimentos para a demolição pela via administrativa: (i) tratar-se de um muro, portanto não podendo ser considerado moradia; (ii) construção entre 2005 e 2006. Considerando que a notificação do interessado sobre as irregularidades foi emitida, em 28/10/2014, não decorreram 10 anos sem instauração de procedimento; (iii) não existirem dúvidas sobre a ilegalidade praticada; (iv) construção sobre costão rochoso, não se enquadrando em hipótese de convalidação; e (v) construção do muro sem licenciamento ambiental.

Sendo assim, compulsando os autos, forçoso se concluir pelo acerto das conclusões da área técnica da SUPBIG, uma vez que as hipóteses justificadoras da demolição pela via judicial, na forma do exposto no Parecer GC nº 11/2017 que revisou a na CI PROC n. 244/2011, não se mostram aplicáveis para o caso concreto, haja vista que o muro foi construído sobre o costão rochoso, área de APP, e sua ilegalidade foi identificada pela Administração antes de decorridos 10 anos da construção, bem como não restou demonstrado nos autos a construção anterior à Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, não constatados os impeditivos para a realização da demolição administrativa do muro sob exame, de acordo com o procedimento da demolição ordinária, os autos deverão ser encaminhados para decisão do Diretor, a qual será submetida ao Conselho Diretor – Condir, para decisão final.

2.3 – Da necessidade de celebração de TAC em razão da manutenção da edificação

Levando em conta o entendimento exposto anteriormente de que seria possível a manutenção da construção de norma que excedeu o gabarito em função de norma permissiva superveniente, sob pena de violação da proporcionalidade, cumpre ressaltar que

inea instituto estadual
do ambiente

SEAS

Secretaria de
Estado do
Ambiente e
Sustentabilidade



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO
VAMOS VIRAR O JOGO



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

o Decreto Estadual nº 44.175/2013 não é silente sobre o tema da regularização de imóveis em desconformidade com as normas ambientais precedentes, a saber:

Art. 10 - Todas as construções, reformas ou acréscimos de imóveis inseridos na APA Tamoios deverão ser objeto de regularização por meio de licenciamento ambiental.

(...)

§2º - Os donos de construções, reformas ou acréscimos preexistentes ao presente plano de manejo e em desconformidade com a legislação da época, poderão celebrar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), no qual ficará estabelecido o desfazimento da porção irregular ou mesmo de toda a edificação. (Grifou-se)

A previsão acima é suficientemente clara sobre a opção de subordinar a regularização dos imóveis à celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta - TAC. Além disso, prevê o dispositivo que a celebração de tal termo deverá estabelecer o desfazimento da porção irregular ou mesmo de toda a edificação.

A previsão do dispositivo não passou despercebida em análises anteriores desta Procuradoria. No Parecer RDC nº 30/2014 foi assinalado que "poderá ser celebrado um TAC no qual ficará estabelecido o desfazimento da porção irregular da edificação" e que se o interessado não firmasse tal TAC, o desfazimento da porção irregular deveria observar os pressupostos da CI PROC. nº 244/2011.

A despeito da discordância sobre o desfazimento da porção irregular da edificação, fato é que desde 2014 esta Procuradoria se manifesta, com base no art. 10, §2º, do Decreto Estadual nº 44.175/2013 sobre a necessidade de ser firmado um TAC com vistas à regularização da situação (posição essa que se reafirma nesse momento).

No entanto, cabe esclarecer que não seria possível a aplicação do art. 101 da Lei nº 3.467/2000, uma vez que para celebração deste termo seria necessária a imposição de uma multa, o que não se aplica ao caso.

Só seria possível à parte tentar a celebração de um TAC, aplicando o artigo 101 da Lei Estadual nº 3.467/2000, com vistas à suspensão de exigibilidade da referida multa e a conversão em prestação de serviços, no seguinte sentido:

Art. 101 - As multas aplicadas com base nesta Lei poderão ter a sua exigibilidade suspensa, mediante a celebração de termo de compromisso ou

inea instituto estadual
do ambiente

SEAS

Secretaria de
Estado do
Ambiente e
Sustentabilidade



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO
VAMOS VIRAR O JOGO



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

de ajuste ambiental, a exclusivo critério do Secretário de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, obrigando-se o infrator à adoção de medidas específicas para fazer cessar a degradação ambiental, sem prejuízo das demais medidas necessárias ao atendimento das exigências impostas pelas autoridades competentes.

(...)

§ 6º - O termo de compromisso ambiental poderá estipular a conversão parcial ou total das multas aplicadas em serviços de interesse ambiental ou na realização de obras de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, sem prejuízo das medidas previstas no "caput" deste artigo.

Neste caso, portanto, para que seja possível a celebração de um TAC será necessária a observância do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública - ACP) e/ou do art. 79-A da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais).

Com relação à primeira hipótese, prevista na Lei da Ação Civil Pública, o TAC possui um escopo bem abrangente. Trata-se de uma possibilidade de solução de conflitos relacionados aos direitos difusos, tendo, neste caso, como objeto um dano ao meio ambiente. Nos seguintes termos:

Art. 5º- Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O TAC, no âmbito da Lei nº 7.437/1985, é utilizado como instrumento de conciliação, podendo ser celebrado antes mesmo da propositura da Ação Civil Pública, sendo bastante adequado para o ajustamento de conduta dos responsáveis por danos ambientais na iminência de ocorrerem, ou que já se efetivaram.

Desta forma, evitando-se a propositura da ACP ou no caso de celebração já no âmbito da ação, ensejando no encerramento da mesma.

Já a celebração do TAC com base na Lei de Crimes Ambientais, por sua vez, só poderá ser celebrado por "órgãos ambientais integrantes do SISNAMA" com pessoas

Assinatura



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

sujeitas ao licenciamento ambiental e tem como objetivo a adequação de condutas infratoras à lei, independentemente da ocorrência de danos ao meio ambiente, a saber:

Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

§ 1º - O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no caput possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: (...)

O escopo do TAC previsto na Lei de Crimes Ambientais tem caráter mais abrangente que o previsto na Lei nº 3.467/2000, já que, conforme observado, a Lei estadual restringe sua aplicação à imposição de sanção pecuniária e depende da manifestação do Secretário de Estado do Ambiente para que se obtenha o benefício da redução da sanção aplicável.

Desta forma, nada impede que seja aplicado o Termo de Compromisso celebrado com base no artigo 79-A da Lei de Crimes Ambientais.

Com relação ao tema, cabe mencionar também o Parecer nº 01/2014-RTAM, de lavra do Procurador Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, que esclarece sobre o conteúdo mínimo dos TACs, a saber:

18. Estas exigências se encontram tanto no Art. 79-A §1º, II e III da Lei 9.605/98 quanto no art. 101 da Lei Estadual n. 3.467/00 e, com pequena alteração, no art. 146, II e III do Decreto Federal 6.514/08. Ora, embora tais exigências não se apliquem diretamente – ao TAC da LACP, entendemos que devem ser aplicadas por analogia, processo de integração do direito no qual pressupõe-se que, caso o legislador tivesse tratado explicitamente de um tema, teria dado tratamento no mínimo equivalente àquele dado a tema muito próximo, o que é exatamente o caso em questão.

Ante o exposto, demonstra-se viável a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com fundamento em dois dispositivos legais diferentes: (i) pelo

inea instituto estadual
do ambiente

SEAS

Secretaria de
Estado do
Ambiente e
Sustentabilidade



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO
VAMOS VIRAR O JOGO



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

artigo 79-A da Lei Federal 9.605/1998; ou ainda (ii) pelo artigo 5º, parágrafo 6º da Lei Federal nº 7.347/1985 – Lei de Ação Civil Pública (ACP).

Nada obstante, aproveitando o ensejo, parece recomendável chamar atenção especial para a parte final do §2º do art. 10 do Decreto Estadual nº 44.175/2013 em razão do muro construído sobre o costão rochoso. Tomando por base a intenção do interessado em regularizar a situação da construção unifamiliar na forma do exposto deste parecer, recomenda-se que para além das necessárias medidas de compensação exigíveis no TAC, seja também prevista a obrigação do interessado em realizar por suas expensas a demolição do muro.

Por fim, esta Procuradoria recomenda, objetivando a manutenção da edificação, a celebração de TAC, conforme previsão do §2º do art. 10 do Decreto Estadual nº 44.175/2013, com base no § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 e/ou no art. 79-A da Lei nº 9.605/199 e, que seja incluída, além das medidas necessárias para compensação ambiental, a obrigação do interessado no desfazimento do muro erguido sobre o costão rochoso.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, tem-se que:

- (i) A construção residencial unifamiliar do interessado com gabarito superior à 8m de altura não obedeceu a restrição do Plano Diretor da APA de Tamoios, Decreto Estadual nº 20.172/1994, e, conseqüentemente, a LI nº FE011494. Por sua vez, a construção do muro sobre o costão rochoso, além de não ser contemplada pela LI nº FE011494, foi realizada antes mesmo do licenciamento;
- (ii) Em distintas oportunidades esta Procuradoria se manifestou pela ilegalidade das construções e pelos requisitos a serem seguidos para sua demolição pelas vias administrativa e judicial (Pareceres RDC nº 30/2014 e 06/2015);
- (iii) No entanto, foi levantada hipótese pela área técnica sobre a possibilidade de manutenção da construção residencial em razão de norma superveniente mais



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

benéfica ao administrado (Decreto Estadual nº 44.175/2013), na forma do entendimento que consta do Parecer nº FP 06/2014;

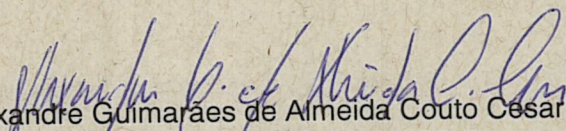
- (iv) De fato, mostra-se possível a manutenção da construção, inclusive naquilo que excede o gabarito, mas não pelo fundamento da aplicação direta da norma mais favorável ao administrado, uma vez que nem se discute imposição de sanção na hipótese, mas mera regularização da propriedade na sua função ambiental;
- (v) No caso, o entendimento é que a demolição da parte excedente do imóvel viola o princípio da proporcionalidade na sua dimensão da adequação, haja vista que como a legislação considera hoje aceitáveis edificações com tal gabarito, a pretensão de proteção ambiental, por meio da demolição, não teria como ser atingida.
- (vi) Portanto, seria irrazoável e desproporcional exigir a demolição da parte excedente se o interessado poderia reconstruí-la em iguais dimensões, em consonância com a legislação em vigor atualmente;
- (vii) No que concerne ao muro construído, sua manutenção não se mostra possível, pois se encontra sobre costão rochoso e não foi demonstrada sua construção em data anterior à Constituição Estadual, a qual define a área como de preservação permanente - APP;
- (viii) A situação de demolição administrativa ou judicial do muro deve ser lida à luz do Parecer GC nº 11/2017 que revisou a CI PROC n. 244/2011. No caso concreto, tendo em vista a inexistência de razões que imponham a demolição do muro pela via judicial, a demolição pela via administrativa não encontra óbice jurídico;
- (ix) A manutenção da edificação deve observar a regra do art. 10, §2º, do Decreto Estadual nº 44.175/2013, portanto, deverá ser celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC;
- (x) Para que seja possível a celebração de um TAC será necessária a observância do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública - ACP) e/ou do art. 79-A da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais);



GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

- (xi) Esta Procuradoria recomenda, ainda, que seja incluída, além das medidas necessárias para a devida compensação ambiental, a obrigação do interessado no desfazimento do muro erguido sobre o costão rochoso;
- (xii) Por fim, cumpre ressaltar que "os pareceres emitidos pela Procuradoria do INEA não vincularão o órgão consultente, que poderá deles discordar, desde que declare expressamente os motivos determinantes da decisão contrária" (Art. 33 do Decreto Estadual 46.619/2019).

É o parecer que submetemos à apreciação de V. Sa.


Alexandre Guimarães de Almeida Couto César
Assessor Jurídico /ID: 5100605-7
GEDAM / Procuradoria do Inea



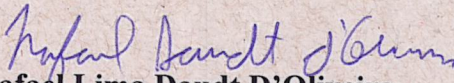
GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEAS
INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE - INEA

VISTO

APROVO o Parecer nº 28/2019-ACC, que opinou sobre consulta realizada pela SUPBIG referente à legalidade das construções realizadas pelo Sr. Claudio de Lima Sório na APA de Tamoios.

Devolva-se à **SUPGER**, para adoção das medidas necessárias tendentes à continuidade do procedimento administrativo.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2019.


Rafael Lima Daudt D'Oliveira
Procurador do Estado
Procurador-Chefe do Inea
ID. Funcional: 42666058

