

Gestão de Bacias Hidrográficas

bases legais

Prefácio
Werner Grau Neto



Manuel Strauch
Juliane Altmann Berwig
Organizadores

Delton Winter de Carvalho
Eduardo Coral Viegas
Greice Pinz
Gustavo Trindade

Haide Maria Hupffer
Iara Regina Chaves
Juliane Altmann Berwig
Manuel Strauch
Ricardo Schinestsck



Manuel Strauch
Juliane Altmann Berwig
Organizadores

GESTÃO DE BACIAS HIDROGRÁFICAS **BASES LEGAIS**

Primeira Edição

São Paulo
2017



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gestão de bacias hidrográficas : bases legais /
Manuel Strauch, Juliane Altmann Berwig,
organizadores. -- 1. ed. -- São Paulo : PerSe,
2017.

Vários autores.

ISBN: 978-85-464-0605-0

1. Recursos hídricos - Aspectos econômicos -
Brasil 2. Recursos hídricos - Aspectos sociais -
Brasil 3. Recursos hídricos - Conservação 4. Recursos
hídricos - Desenvolvimento - Brasil 5. Sistema
Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos -
SINGREH I. Strauch, Manuel. II. Berwig, Juliane
Altmann.

17-08948

CDD-333.00981

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Recursos hídricos : Sistema Nacional de
Gerenciamento dos Recursos Hídricos : Economia
333.00981

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradecemos à Fundação Universitária para o Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa – FUNDEPE e ao Comitê de Gerenciamento de Recursos Hídricos do Rio dos Sinos – COMITESINOS em especial à sua Secretária Executiva Viviane Nabinger e sua Secretária Administrativa Débora Cristina da Silva, as quais deram todo o apoio e incentivo ao projeto.

Um agradecimento muito especial aos autores dos capítulos que aceitaram este desafio e dispuseram de seu tempo para realizar estas importantes contribuições para o desenvolvimento das bacias hidrográficas no Brasil.

Este livro é dedicado em especial aos povos ribeirinhos e à vida que habita os rios, eles mais frágeis de toda a vida que depende dos rios.

Esperamos fazer jus às expectativas e atingir a utilidade pretendida com este trabalho.

Manuel Strauch e
Juliane Altmann Berwig
Organizadores

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
<i>Werner Grau Neto</i>	
INTRODUÇÃO	6
1. O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL .	8
<i>Manuel Strauch</i>	
2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL	28
<i>Gustavo Trindade</i>	
3. MECANISMOS DE INCENTIVO ECONÔMICO: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO PROGRAMA DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS (PSA).....	52
<i>Haide Maria Hupffer e Iara Regina Chaves</i>	
4. ASPECTOS NORMATIVOS DOS PLANOS DIRETORES DE BACIA HIDROGRÁFICA E A IRRADIAÇÃO DE EFEITOS SOBRE INSTRUMENTOS DE ORDENAÇÃO TERRITORIAL.....	85
<i>Délton Winter de Carvalho</i>	
5. SANEAMENTO E RECURSOS HÍDRICOS	116
<i>Manuel Strauch e Juliane Altmann Berwig</i>	
6. AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO COMO UM INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS	160
<i>Manuel Strauch e Juliane Altmann Berwig</i>	
7. PLANEJAMENTO INTEGRADO (AMBIENTAL, HÍDRICO, SANEAMENTO, USO E OCUPAÇÃO DO SOLO,...)	191
<i>Ricardo Schinestsck Rodrigues</i>	
8. PROTEÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) E A GESTÃO DAS ÁGUAS	205
<i>Greice Pinz e Manuel Strauch</i>	
9. URBANIZAÇÃO: DESASTRES E PLANEJAMENTO	232
<i>Juliane Altmann Berwig</i>	
10. COMPETÊNCIA DA GESTÃO HÍDRICA NO ESTADO FEDERAL	263
<i>Eduardo Coral Viegas</i>	

URBANIZAÇÃO: DESASTRES E PLANEJAMENTO

*Juliane Altmann Berwig*⁴⁷⁹

Resumo: Os processos de urbanização, especialmente aqueles ocorridos após a Revolução Industrial, trouxeram o progresso e o desenvolvimento das cidades como aspectos positivos. Todavia, em razão da sua acelerada ocorrência, tornaram-se por demasiadamente desordenados e ocasionaram seríssimos problemas de ordem social e ambiental. Estes problemas, hoje, são reconhecidos como risco de ocorrência de danos ambientais e sociais e que, dada muitas vezes a sua alta gravidade, resultam em desastres ambientais que interferem diretamente na Gestão de Bacias Hidrográficas. Diante deste cenário, o presente capítulo visa abordar o processo de urbanização e os problemas deste decorrentes e, a partir desta análise, introduzir respostas que possibilitem a gestão do risco de desastres mediante a implementação de estratégias planejadas e integradas em prol da Gestão de Bacias Hidrográficas.

Palavras-chave: Urbanização; Risco; Gestão de Risco de Desastres.

Sumário: 1. O processo de urbanização e o risco criado; 1.1 A sistemática da urbanização; 1.2 A ocupação das áreas de risco; 2. O dever legal de fiscalização e planejamento territorial; 2.1 A função social da cidade e da propriedade; 2.2 A responsabilidade do poder público; 2.3 A análise de decisões judiciais; 3. A gestão do risco criado; 3.1 A prevenção e precaução na ocupação de áreas de risco; 3.2 O planejamento conjugado para a gestão de desastres.

⁴⁷⁹ Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos com Bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo Programa de Excelência Acadêmica (Proex). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul e graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora no curso de Direito da Universidade FEEVALE. Pesquisadora na área Ambiental com ênfase na Teoria do Risco e Nanotecnologia. Presidente da Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial AGAAE. Integrante da Diretoria de Grupos de Estudos da Associação Gaúcha dos Advogados do Direito Imobiliário Empresarial AGADIE e do Movimento Roessler para Defesa Ambiental de Novo Hamburgo/RS. Autora do livro *Direito dos Desastres na Exploração offshore do petróleo*. Sócia-proprietária do escritório Berwig Advocacia.

1. INTRODUÇÃO

Decorrentes, em sua maioria, da Revolução Industrial, o estopim e dinamicidade do desenvolvimento das cidades introduziu inúmeras inovações no setor industrial e social. Estas inovações aparentemente unicamente positivas trouxeram à tona a carência de conhecimento da sociedade para lidar com problemas que até então eram desconhecidos. A urbanização, em razão de sua ocorrência demasiadamente célere, ensejou uma cascata de problemas urbanísticos, ambientais e sociais.

Em vistas disso, o presente capítulo objetiva, no primeiro momento, analisar e demonstrar os motivos que ensejaram os problemas urbanísticos hoje suportados, bem como reconhecer os riscos criados diante das ocupações de áreas inedificáveis, objetivando contribuir para os processos de Gestão de Bacias Hidrográficas.

Da contextualização dos problemas, a segunda parte demonstra a responsabilidade dos entes federados no ordenamento e fiscalização do uso e ocupação do solo, bem como ressalta a inclusão da função social da cidade e da propriedade como princípio norte deste instrumento de controle e projeção das ocupações. Além disso, no mesmo ponto demonstra-se o entendimento atual dos tribunais acerca da responsabilidade civil do ente público em decorrência dos danos advindos da ausência de conduta obrigatória.

Partindo para o final do capítulo, a terceira abordagem trata da importância da gestão dos riscos criados pelo próprio homem, demonstrando pontualmente de que maneira esta gestão estratégica do risco deve se apresentar e atuar para a prevenção e precaução dos desastres em prol de uma eficiente gestão de bacias hidrográficas, bem como, em caso de não possibilidade de se evitar os desastres decorrentes, por exemplo, de enchentes ou deslizamentos, mais comuns nos ambientes urbanos, uma gestão de desastres também deve ser traçada a fim de minimizar os danos emitentes.

2. O PROCESSO DE URBANIZAÇÃO E O RISCO CRIADO

Neste primeiro momento, a explanação consiste na narrativa dos processos históricos de urbanização que incorreram nas diversas problemáticas de risco das atuais ocupações urbanas, tendo por consequência diversos danos ambientais e sociais.

2.1. A SISTEMÁTICA DA URBANIZAÇÃO

A urbanização é o fenômeno pelo qual a sociedade se organiza de forma autônoma, resultando, além do crescimento das cidades, na concentração populacional

urbana.⁴⁸⁰ Este processo, por derradeiro descontrolado e imaturo, resulta na criação e distribuição de riscos ao meio ambiente e à qualidade de vida dos cidadãos. A disciplina que objetiva organizar e sistematizar o desenvolvimento das cidades, estabelecendo uma ordem que permita o crescimento da urbe e que, da mesma forma, atenda às necessidades e anseios dos cidadãos, proporcionando uma vida digna aos seus moradores, é o urbanismo.⁴⁸¹ Assim, o procedimento de urbanificação que designa a aplicação dos princípios do urbanismo⁴⁸² visa organizar e sistematizar o desenvolvimento da cidade com base nos ditames ambientais e urbanísticos.

Neste sentido, o autor Mukai manifesta que o atual urbanismo é uma disciplina interdisciplinar, ou seja, nele não mais pode o arquiteto sozinho se o pôr a resolver todos os problemas, porque demandam diversos outros tantos conhecimentos especializados, de ordem: ambiental, econômica, geográfica, estatística, jurídica, engenharia sanitária, biologia, medicina e, sobretudo, política, no sentido de tomada de decisões prioritárias.⁴⁸³

Todavia, essa visão interdisciplinar e sistêmica que rege o urbanismo moderno não fora construída de imediato, ela é fruto de um longo processo histórico-evolutivo que gerou inúmeras transformações, tanto sociais, políticas, econômicas, quanto legais, que ocasionaram diversas mudanças no modo de vida dos habitantes urbanos. Nesta via está conectada a ideia de urbanismo aos processos de desenvolvimento urbanos ocorridos nas mais diversas cidades do mundo. Cada qual com suas particularidades, em momentos e contextos distintos, mas tendo, com toda certeza, como estopim, a Revolução Industrial.⁴⁸⁴

Diante do desenvolvimento da indústria, verificou-se um grande êxodo da população rural para os centros urbanos, principalmente para as capitais. As pessoas, na busca de um ganho mais remunerador do que obtinham no campo, se deslocaram para a cidade à procura de serviços oferecidos na indústria e no comércio.⁴⁸⁵ Castells caracteriza este período como uma:

[...] fuga para as cidades é, em geral, considerada muito mais como o resultado de um push rural do que de um pull urbano quer dizer, muito mais como uma decomposição da sociedade rural do que uma expressão do dinamismo da sociedade urbana. O problema é saber a razão pela qual, a partir da penetração de uma formação social por uma outra, irrompe um

⁴⁸⁰ GUIMARÃES, Nathália Arruda. O direito urbanístico e a disciplina da propriedade. Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental, Porto Alegre: Magister, 2005 - Bimestral. p.27.

⁴⁸¹ MUKAI, Toshio. Direito urbano-ambiental brasileiro. São Paulo: Dialética, 2002. p.15.

⁴⁸² SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p.27.

⁴⁸³ MUKAI, Toshio. Direito urbano-ambiental brasileiro. São Paulo: Dialética, 2002.p. 17.

⁴⁸⁴ SINGER, Paul. Economia política da urbanização. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 31.

⁴⁸⁵ BONDUKI, Nabil. Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2002. p. 247.

*movimento migratório, quando as possibilidades de emprego urbano são muito inferiores às dimensões da migração e as perspectivas de nível de vida bem reduzidas.*⁴⁸⁶

Na verdade, o que se percebe, é que a cidade funciona como um imã em que as pessoas em busca da diversidade dos recursos que ela contém se direcionam a ela, até mesmo antes desta se tornar seu local permanente de trabalho e/ou moradia.⁴⁸⁷ No Brasil, o contexto habitacional se tornou problemático desde o final do século XIX,⁴⁸⁸ quando a classe migrante em busca de moradias de baixo custo passou a se instalar nas periferias, onde o custo exigido comportava seus rendimentos; todavia, as habitações eram clandestinas.

Pode-se concluir que o “desenvolvimento econômico não dá remédio a estas situações, antes, acelera a separação entre conjuntos habitacionais regulares e irregulares”.⁴⁸⁹ Por este motivo, a forte urbanização teve como consequência a falta de alternativas habitacionais, surgindo assim, em São Paulo, por volta de 1940, os primeiros núcleos de favelas. Este resultado foi uma manifestação da alteração do processo de produção de moradia, que como alternativa de auto-emprego cedeu lugar aos loteamentos de periferia.⁴⁹⁰

A situação de pobreza, então, tornou-se questão preocupante para o governo, sendo vista até como um verdadeiro “obstáculo à modernização”.⁴⁹¹ A fim de combater tal entrave foi criada a “legislação do trabalho, aplicável unicamente às áreas urbanas, que proporcionou aos assalariados urbanos um padrão de vida substancialmente mais alto que o das massas rurais”.⁴⁹² Desta maneira, surgiu “um sistema de incentivos, que atraiu uma parcela crescente dos trabalhadores rurais às cidades”.⁴⁹³

Entre 1940 e 1980 foi constatado que houve uma “verdadeira inversão quanto ao lugar de residência da população brasileira”.⁴⁹⁴ Nesses quarenta anos “a população urbana se multiplicou por sete vezes e meia”.⁴⁹⁵ Acrescido a isto, o forte movimento de

⁴⁸⁶ CASTELLS, Manuel. A questão urbana. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 85.

⁴⁸⁷ ROLNIK, Raquel. O que é cidade. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 12.

⁴⁸⁸ BONDUKI, Nabil. Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2002. p. 43.

⁴⁸⁹ BONDUKI, Nabil. Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2002. p. 725.

⁴⁹⁰ BONDUKI, Nabil. Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2002. p. 270.

⁴⁹¹ LEAL, Rogério Gesta. A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 72.

⁴⁹² SINGER, Paul. Economia política da urbanização. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 122.

⁴⁹³ SINGER, Paul. Economia política da urbanização. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 122.

⁴⁹⁴ SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. São Paulo: HUCITEC, 1993. p. 29.

⁴⁹⁵ SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. São Paulo: HUCITEC, 1993. p. 29.

urbanização, a partir do fim da segunda guerra mundial, foi também “resultado de uma natalidade elevada e de uma mortalidade em descenso, cujas causas essenciais são os progressos sanitários, a melhoria relativa nos padrões de vida e a própria urbanização”.⁴⁹⁶

Na região do Vale dos Sinos, durante o período compreendido entre o final do século XIX para o limiar do século XX, a fabricação de calçados (que começou com Pedro Adams Filho e Arthur Haas) e a produção de artigos de couro eram parte da missão civilizadora do local, transformando-o em um empório comercial para os bens produzidos pelas famílias alemãs imigrantes que se instalaram na região.⁴⁹⁷

Ao longo do século XX, especialmente quando as exportações de calçados começaram a se expandir rapidamente durante a década de 1970, uma das técnicas que foi adotada para manter os trabalhadores para as fábricas de calçados foi permitir que as pessoas ocupassem as margens do rio. Em Novo Hamburgo, por exemplo, a expansão urbana teve lugar na ausência total de planejamento ocupacional ou de proteção ambiental.⁴⁹⁸ A título de exemplo, a população de Novo Hamburgo pulou de 90.000 habitantes em 1970 para 200.000 em 1992, tornando-se o crescimento demográfico mais rápido que ocorreu em uma cidade do interior do Rio Grande do Sul na segunda metade do século XX. Naturalmente, estas últimas localidades não possuíam as condições necessárias de infraestrutura, gerando bolsões de violência que se tornariam um problema à cidade como um todo.⁴⁹⁹

Assim, no Vale dos Sinos os problemas ambientais e urbanísticos não ocorreram de forma distinta das demais regiões do Estado e do Brasil. Estes problemas vêm de uma longa data e agravam-se cada vez mais pela omissão ou atuação tardia da gestão pública. São questões que envolvem o processo de urbanização desordenado, não premeditado e não planejado, decorrentes da industrialização e das alterações nas formas de produção campo-cidade.⁵⁰⁰ Ademais, deste modelo de urbanização originam-se outros problemas,

⁴⁹⁶ SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. São Paulo: HUCITEC, 1993. p. 31.

⁴⁹⁷ NUNES, Margarete Fagundes; FIGUEIREDO, João Alcione Sganderla; ROCHA, Ana Luiza Carvalho da. Sinos River hydrographic basin: urban occupation, industrialization and environmental memory = Bacia Hidrográfica do Rio dos Sinos: ocupação urbana, industrialização e memória ambiental. Brazilian Journal Of Biology, São Carlos, SP, v. 75, n. 4, p. S3-S9, dez. 2015 Suplemento 2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bjb/v75n4s2/1519-6984-bjb-75-4suppl2-3.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

⁴⁹⁸ NUNES, Margarete Fagundes; FIGUEIREDO, João Alcione Sganderla; ROCHA, Ana Luiza Carvalho da. Sinos River hydrographic basin: urban occupation, industrialization and environmental memory = Bacia Hidrográfica do Rio dos Sinos: ocupação urbana, industrialização e memória ambiental. Brazilian Journal Of Biology, São Carlos, SP, v. 75, n. 4, p. S3-S9, dez. 2015 Suplemento 2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bjb/v75n4s2/1519-6984-bjb-75-4suppl2-3.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

⁴⁹⁹ SELBACH, J. F. Novo Hamburgo 1927-1997: os espaços de sociabilidade na gangorra da modernidade. Porto Alegre: 1999. 370 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁵⁰⁰ INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. O Vale do Sinos e a questão ambiental: história que exige transformações. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/510486-o-vale-do-sinos-e-a-questao-ambiental-historia-que-exige-transformacoes>> Acesso em: 16 abr. 2016.

os de cunho ambiental, consequência da falta de tratamento de esgoto, poluição por resíduos domésticos e industriais, ocupação de áreas ambientais protegidas, os quais afetam, além da qualidade ambiental, a qualidade de vida de toda a comunidade da região.

2.2. A OCUPAÇÃO DAS ÁREAS DE RISCO

A urbanização desordenada enseja vários tipos de danos ambientais, quais sejam: desmatamento da vegetação, movimentação de terra, erosão, assoreamento das represas, graves enchentes (que podem resultar em desastres⁵⁰¹), poluição das águas das represas em razão do despejo de esgoto a céu aberto, contaminação dos corpos d'água, ausência do serviço público e infra-estrutura urbana, dentre outros.⁵⁰²

Além destes danos ambientais, percebe-se a ocorrência de outros problemas oriundos da desorganização urbanística, e que merecem maior relevo,⁵⁰³ “até porque, se tivermos alcance visual para percebermos os problemas advindos do crescimento desmesurado das cidades, veremos que a urbanização acelerada causa impactos polivalentes”⁵⁰⁴ que cada vez mais emergem em nossa sociedade, tais como: aumento da demanda de serviços públicos urbanos, elevação das aspirações, aumento dos custos dos serviços urbanos, proliferação das áreas de favelização, redução da renda *per capita* urbana, deterioração ecológica, aumento da taxa de desemprego, aumento da marginalidade social e agravamento da criminalidade.⁵⁰⁵

Portanto, a problemática que norteia os dias de hoje não é aquela de antes, em que havia necessidade emergencial de melhoramento viário e higiênico. Além destas, o que é preciso é impedir a criação de áreas de sub-habitação, maximizar a dignidade da pessoa humana⁵⁰⁶ e criar e aplicar um planejamento ambiental integrado, de forma a reduzir ao máximo todas estas problemáticas urbanístico-ambientais negativas que eminentemente avançam a cada dia.

⁵⁰¹ Desastres são eventos sistêmicos que resultam de causas naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais. Ou seja, são eventos que causam a desestabilização sistêmica dos entes envolvidos dificultando ou até mesmo impedindo as respostas necessárias a minimização dos danos.

⁵⁰² SAULE JR., Nelson. Direito à cidade. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Parma, 1999. p. 28.

⁵⁰³ LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 150.

⁵⁰⁴ LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 150.

⁵⁰⁵ LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 150.

⁵⁰⁶ LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 149.

Veja-se assim que o desenvolvimento insustentável caminha contra nós mesmos, pois degrada o meio ambiente, prejudica e dificulta a vida de uma forma geral, altera drasticamente o clima, causa desastres ambientais, além de, é claro, refletir no aumento da desigualdade social e, assim, concomitantemente, no reflexo da insegurança da população de hoje. Em suma, ameaça o nosso maior direito: a vida.

No que diz respeito à fonte normativa relacionada às cidades e seu crescimento, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), felizmente, traz em sua redação norma que atende o que menciona o art. 225 da CF/1988, a fim de buscar a concretização das cidades sustentáveis. Assim, o estatuto está centrado nos princípios do desenvolvimento sustentável, adequado à realidade das cidades brasileiras e, de igual forma, visando o equilíbrio ambiental e o atendimento ao interesse social.

Desta feita, mesmo sob a égide da legislação, a cidade carece, na prática, de planejamento integrado, em que os planos diretores das cidades, sob a ótica dos planos de bacias hidrográficas, se reúnam e pensem em conjunto na solução de seus problemas. Sim, na solução de seus problemas. Os problemas ambientais não seguem os limites territoriais das cidades, quanto menos os desastres ambientais, eles se estendem pelas casas, pelas ruas, pelos bairros, pelas cidades e até mesmo ultrapassam as fronteiras estaduais e federais. Por isso, o planejamento integrado é essencial para a solução conjunta dos problemas regionais.

Estas causas que dão origem aos problemas, os custos, os danos e os desastres ambientais são denominadas de “riscos”. Os riscos de desastres ou danos à população ou ao meio ambiente são reconhecidos de três formas distintas: i) os riscos naturais são decorrentes de causas totalmente naturais (eventos decorrentes do clima, da natureza);⁵⁰⁷ ii) os riscos antropogênicos são gerados por uma conduta proveniente de uma atividade unicamente humana, (despejo de resíduos sem tratamento no rio causando poluição);⁵⁰⁸ iii) os riscos híbridos são aqueles em que os dois fatores estão presentes, ou seja, são riscos naturais combinados com riscos antropogênicos e vice-versa. São, assim, percebidos na maioria das ocorrências de desastres ambientais como, por exemplo, a ocorrência de um risco natural que podem ser as fortes chuvas causadoras de enchentes. Todavia, em razão da ocupação da planície de inundação que, por esta via, é um risco antropogênico, criado pelo ser humano, resulta o risco híbrido, dada a combinação de ambos (natural + antropogênico = risco híbrido).

Com isso, reforça-se que a separação entre os tipos de riscos vem, paulatinamente, tornando-se mais tênue, em razão da alta complexidade da sociedade e

⁵⁰⁷ ARAGÃO, Alexandra. Princípio da Precaução: manual de instruções. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. n. 02, a. XI, Coimbra: CEDOUA, 2008. p.13.

⁵⁰⁸ BERWIG, Juliane Altmann. Direito dos desastres na exploração offshore do petróleo. Curitiba: Juruá, 2015, p.156.

das mudanças climáticas que, em sérios estudos já é apontada como uma interferência gerada pelo homem no clima e não como fenômeno naturalmente gerado. Logo, a distinção entre riscos de origem antropogênica e natural está cada vez mais sutil, existindo, deste ou daquele modo, diversas formas pelas quais causas naturais (físicas, meteorológicas, geológicas ou biológicas) podem potencializar os riscos antropogênicos e vice-versa, dando origem a acidentes híbridos.⁵⁰⁹

Estes riscos conectados à organização da urbe são revelados principalmente em decorrência da ausência das políticas públicas de ordenamento do solo de forma planejada e integrada. Os riscos gerados pela ocupação das Áreas de Preservação Permanente em beira de rios e encostas de morro resultam em danos como as enchentes e os deslizamentos de terras. Percebe-se, neste sentido, que os riscos atrelados às ocupações ilegais de áreas de preservação resultam em riscos “criados”, haja vista que as enchentes sempre foram e sempre farão parte de eventos meteorológicos e climatológicos sejam menos ou mais intensos em razão das mudanças climáticas, mas sempre existiram e sempre irão existir. Por esta via, a ocupação destas áreas cria riscos totalmente dispensáveis e que, se respeitados os limites naturais impostos, não se tornariam assim riscos de desastres ambientais.

O mapa da Planície de Inundação da Bacia Hidrográfica do Rio dos Sinos, disponibilizado no endereço eletrônico do Comitês Sinos, é essencial instrumento para a gestão de riscos de desastres e deve integrar todos os Planos Diretores das cidades atingidas por este mapeamento, ou seja, por todas as cidades que compõe a Bacia Hidrográfica do Rio dos Sinos, pelo motivo certo de que os limites ambientais devem ser analisados de forma integrada e com políticas públicas uniformes e disciplinadas, uma vez que os riscos e os desastres se interpenetram nas cidades e não são restringidos pelos limites territoriais de cada uma delas.

É sabido que os problemas hoje suportados, maximizados pelo aumento da urbanização, são resultado da falta de alternativas habitacionais de baixo custo. Este episódio fez com a população buscasse alternativas habitacionais localizadas em áreas desprezadas pelo mercado imobiliário e, na sua maioria, áreas ambientalmente frágeis, onde hoje se localizam muitos dos loteamentos e ocupações irregulares e clandestinas.⁵¹⁰ Todavia, diante dos altíssimos custos suportados pelo Poder Público e dos danos sociais e ambientais gerados pelos desastres ambientais, o contorno do cenário é medida urgente e essencial.

⁵⁰⁹ ARAGÃO, Alexandra. Princípio da Precaução: manual de instruções. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. n. 02, a. XI, Coimbra: CEDOUA, 2008. p.13.

⁵¹⁰ ALFONSIN, Betânia de Moraes et al. Regularização da terra e moradia: O que é e como implementar. São Paulo. Instituto Polis, 2002, p. 125. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/publicacoes-institucionais-1/guias-cartilhas-anuais/manual_regularizacao.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

3. O DEVER LEGAL DE FISCALIZAÇÃO E PLANEJAMENTO TERRITORIAL

3.1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA CIDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º inciso XXII, contempla a garantia do direito de propriedade, e em seu inciso XXIII, dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social”.⁵¹¹ Preliminarmente já se nota que o legislador não se deteve em especificar se a propriedade mencionada é rural ou urbana; logo, ambas têm o dever de cumprir com sua função social. Tal preceito indica que, independentemente da sua localização, a propriedade deverá atender, sobretudo, sua função social e não somente, por óbvio, aos interesses do proprietário.⁵¹² Assim, o direito de propriedade, elevado à função social, deixa de ser um direito absoluto, submetendo-se a atender e cumprir a norma em prol da coletividade, função esta que é dever do Estado fiscalizar, para a garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo.⁵¹³

A CF/1988 consigna, no art. 182, § 2º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.⁵¹⁴ O Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, disciplina em seu art. 39 o que vem a ser a função social da propriedade urbana, ou seja, aquela que atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.⁵¹⁵

Explica Fontes, autor que aborda com clareza o tema sobre planejamento urbano:

o conteúdo concreto da função social em cada porção do território da cidade é estabelecido a partir de um processo de participação popular direta. É o processo de elaboração do Plano Diretor que irá determinar na realidade de cada um dos Municípios, conjugado com a participação

⁵¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵¹² FLORES; Patrícia Teixeira de Rezende; SANTOS, Bernadete Schleder dos. Comentários ao estatuto da cidade. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 13.

⁵¹³ LEAL, Rogério Gesta. A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 117.

⁵¹⁴ FLORES; Patrícia Teixeira de Rezende; SANTOS, Bernadete Schleder dos. Comentários ao estatuto da cidade. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 13.

⁵¹⁵ FLORES; Patrícia Teixeira de Rezende; SANTOS, Bernadete Schleder dos. Comentários ao estatuto da cidade. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 13.

*política dos mais diversos atores – associações representativas da sociedade, iniciativa privada e o próprio poder público – o princípio da função social da propriedade.*⁵¹⁶

Cumprе mencionar, assim, que a função social da propriedade não foi instituída com fim apenas de limitar as obrigações e ônus relativos à propriedade privada, ela foi reputada como princípio da constituição econômica brasileira para assegurar, definitivamente, uma vida digna a todos os cidadãos e bem-estar geral social.⁵¹⁷ Logo, ela se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.⁵¹⁸

Como consequência, o modo de utilização do solo urbano é submetido diretamente às leis urbanísticas do plano diretor da cidade,⁵¹⁹ conforme art. 182 § 4º da CF/1988:

§ 4.º É facultando ao Poder Público municipal mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

*III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.*⁵²⁰

Portanto, o uso e destinação do solo segue os planos e leis de caráter urbanístico, formulados pelos entes federados. Caracteriza Silva a edificabilidade como a “qualificação legal que se atribui a algum terreno urbano. Essa qualificação é que possibilita ao proprietário exercer a faculdade de construir em terreno urbano. Sem ela a

⁵¹⁶ FONTES, Mariana Levy Piza. Planejamento urbano e o marco jurídico urbanístico no Brasil. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, Porto Alegre: Magister, 2010 - Bimestral. p.52.

⁵¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 282.

⁵¹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 72.

⁵¹⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 73.

⁵²⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

faculdade não existe”.⁵²¹ Impor a faculdade de edificar onde o interesse público aconselha a inedificabilidade é inexecutável, pois, deste modo, não se estará atendendo ao princípio da função social da propriedade.⁵²²

Assim, como consequência da evolução da atividade urbanística do poder público e o surgimento de um Direito Urbanístico desenvolvido, ocorrem profundas mudanças no regime do solo urbano, que alteram a correlação entre direito de construir e direito de propriedade, fundamentando medidas de desincorporação, ou quase desincorporação do direito de construir do direito de propriedade. Tal preceito rompe com a posição tradicional de que o direito de construir é uma faculdade inerente ao direito de propriedade do terreno.⁵²³

Importa mencionar que, atualmente, além das funções citadas, a propriedade tem como dever cumprir, além de suas funções sociais, as funções ambientais. Fala-se no dever do proprietário em cumprir com as funções socioambientais da propriedade. Tal determinação está fundamentada no art. 1.228 do CCB estabelecendo que:

*[...] o direito do proprietário deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*⁵²⁴

Nas palavras de Lemos, hoje não é plausível falar em mera função social da propriedade, mas na função socioambiental da propriedade. O proprietário fica obrigado não somente a um comportamento negativo, mas também a um comportamento ativo, que envolve defender, reparar e preservar o meio ambiente.⁵²⁵

Com base nos pontos discorridos, percebe-se que a concepção de função social da propriedade não se aparta das funções sociais da cidade, pois ambas são provenientes do mesmo ordenamento Urbanístico, estando o princípio da função social inserido em sua essência. Assim sendo, as diretrizes que dão cumprimento das funções sociais ou socioambientais da propriedade e da cidade estão submetidas ao bem-estar da coletividade, e não somente do individual. Isso ocorre pois, sendo a propriedade parte integrante da cidade, está contida em um mesmo complexo, a cidade como um todo.

⁵²¹ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p.79.

⁵²² SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p.80.

⁵²³ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p.82.

⁵²⁴ BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

⁵²⁵ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do texto causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.82.

Não há, portanto, como apartar a função social da propriedade das funções sociais da cidade, uma vez que ambas estão intimamente ligadas e coexistem formando um único sistema. Isso traduz o motivo pelo qual as funções sociais da cidade estabelecem as diretrizes urbanísticas que se estendem à propriedade de igual forma. Desta feita, o caput do art. 182 da CF/1988 preceitua que “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”⁵²⁶

Ademais, importa ressaltar duas das principais diretrizes da política urbana de pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana constantes no Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2000: “IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;” e “VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; (...) g) a poluição e a degradação ambiental; e h) a exposição da população a riscos de desastres.”⁵²⁷

Portanto, não restam dúvidas de que a função social da cidade está entrelaçada com a função social da propriedade, seja ela referente ao ordenamento do solo e o controle do crescimento desordenado, seja ela a consequência deste, que é a exposição da população aos riscos de desastres. O controle do uso do solo deve evitar a exposição da população aos riscos de desastres ambientais.

Destarte, além do dever de garantia das funções sociais da cidade, esta deve proporcionar a todos os cidadãos o acesso às condições básicas de vida, conforme estabelece a CF/1988 no art. 5º, caput, os direitos individuais e coletivos aos cidadãos: direito à vida, à segurança, à igualdade, à liberdade e a propriedade. E, no art. 6º, os direitos sociais, estes sendo o direito: à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância e à assistência aos desamparados. Além desses, no art. 7º são assegurados os direitos dos trabalhadores e no art. 225 o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁵²⁸

Diante dos pontos percorridos, pode-se afirmar que existe um inter-relacionamento entre o urbanismo, desenvolvimento ordenado das cidades, e o meio ambiente, em vista de que “conciliar o desenvolvimento de nossas cidades, sua expansão

⁵²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵²⁷ BRASIL. Lei 10.257 10 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>: Acesso em 25 abri. 2016.

⁵²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

demográfica e sua trajetória econômica com hábitos saudáveis de vida, em ambiente puro e agradável, afigura-se como um dos maiores desafios do momento presente”.⁵²⁹

Saule Júnior explica que:

*as funções sociais da cidade, na verdade, são interesses difusos, pois não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções nas cidades, os proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes, migrantes, têm como contingência habitar a usar um mesmo espaço territorial, a relação que se estabelece entre os sujeitos é a cidade, que é um bem de vida difuso.*⁵³⁰

Lemos acrescenta:

*Contudo, as funções sociais da cidade, quando cumpridas, atendem as necessidades da maioria dos cidadãos, e, desta forma, promovem o desenvolvimento, o que viabiliza a diminuição das desigualdades entre as classes sociais e, junto com isso, atenuam de forma significativa os problemas graves de nosso cotidiano.*⁵³¹

Para compatibilizar desenvolvimento com meio ambiente devemos considerar os problemas ambientais inseridos em um processo contínuo de planejamento, verificando as exigências de ambos e observando “suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço”. Implica dizer que, “a política ambiental não deve erigir-se em obstáculos ao desenvolvimento, mas sim, como um de seus instrumentos, propiciando uma gestão racional dos recursos naturais”,⁵³² constituindo estes a sua base material.⁵³³

Verifica-se, ainda, a necessidade de aplicação de instrumentos que evitem danos irreparáveis e que busquem compatibilizar a proteção ao meio ambiente, analisando cada caso concreto, aplicando instrumentos técnicos legais de ponderação, sopesando os valores.⁵³⁴ Estes instrumentos de planejamento devem ser o resultado da união dos entes pensados a partir de seus planos diretos, planície de inundação, plano de gerenciamento

⁵²⁹ LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 148.

⁵³⁰ SAULE JR., Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 61.

⁵³¹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do texto causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.32.

⁵³² MILARÉ, Edis. Direito do meio ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 62.

⁵³³ MILARÉ, Edis. Direito do meio ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 62.

⁵³⁴ RODRIGUES, Inajara Gravina Kunzler. A necessária compatibilização entre os instrumentos de parcelamento, edificação e utilização compulsórios e a função ambiental dos imóveis urbanos. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, Porto Alegre: Magister, 2009. Bimestral. p. 49.

de bacia hidrográfica, gestão de risco de desastres e ordenamento e fiscalização da ocupação do solo.

3.2. A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO

Diante da narrativa da função social da propriedade e da cidade introduzida pela Constituição Federal de 1988, resta claro que cabe aos municípios o controle do desenvolvimento urbano e de suas distorções. Portanto, sem deixar dúvidas, o Art. 30, VIII da CF/1988, na divisão de competências entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), disciplina como de obrigação dos Municípios “VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.⁵³⁵

No mesmo sentido, de acordo com a Lei 6.766/79 que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, ressalta-se que é de competência da Prefeitura Municipal, em caso de loteamentos irregulares ou clandestinos, realizar a regularização dos mesmos, em prol do ordenamento do solo e em defesa aos cidadãos adquirentes das áreas:

Art. 40. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

Art. 12. O projeto de loteamento e desmembramento deverá ser aprovado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, a quem compete também a fixação das diretrizes a que aludem os arts. 6º e 7º desta Lei, salvo a exceção prevista no artigo seguinte.

Com efeito, o artigo 40 da Lei do Parcelamento do Solo Urbano não deixa dúvida acerca da responsabilidade do Município, assegurado, de qualquer forma, o direito de regresso contra o loteador. Trata-se do que a doutrina convencionou conceituar como ‘poder-dever’ da Administração Pública. Nesse sentido, por oportuno, menciona-se o raciocínio do douto Desembargador Genaro José Baroni Borges, nos autos da Apelação Cível n. 70038429783, que tramitou na Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“(…) quando o propósito for prevenir violação a direitos ou proteger interesse público, como se dá no caso, o vocábulo “poderá” tem caráter imperativo, de sorte a que o agir da Administração não se situa na margem da discricionariedade ou ao sabor da conveniência ou oportunidade do

⁵³⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Administrador. Assim, se o Município descurou do poder-dever de impedir o uso clandestino e ilegal do solo urbano, sem que tenha usado de seu poder de polícia ou se valido das vias judiciais próprias, deve ser responsabilizado juntamente com o loteador, ainda que subsidiariamente, pelos prejuízos daí advindos ao ordenamento urbano e aos adquirentes dos lotes ilegais, e compelido pelo Poder Judiciário a regularizar o loteamento, assegurado o direito ao ressarcimento, nos moldes dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 40.

Ademais, por outro lado, na exposição da população ao risco por ocupação de loteamentos clandestinos ou áreas de risco de enchentes/desmoramentos, a omissão administrativa tem papel significativo no potencial dano social ou ambiental. Cabe, assim, a responsabilidade ao Município pela fiscalização e regularização, dependendo das peculiaridades do caso em concreto. Isso porque, na hipótese de dano ambiental, a obrigação constitucional advinda das normas previstas no art. 225 da Constituição Federal de 1988 estabelece a responsabilidade solidária do ente municipal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Com efeito, uma vez, supostamente, caracterizado o dano, considerando que houve a implantação de parcelamento em Área de Preservação Permanente, caberá ao Município a sua execução na forma direta, resguardado o seu direito posterior a ressarcimento frente ao responsável pelo parcelamento do solo.

Neste viés, acerca da responsabilidade civil da administração pública, a Constituição Federal de 1988, prevê que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesta questão ainda pairam muitas discussões entre os doutrinadores e o poder judiciário, ou seja, a responsabilidade da administração é objetiva ou subjetiva? Com fundamento no Art. 14 § 1º da Lei 6938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), a regra primeira de responsabilidade civil pelos danos ambientais decorrentes segue a

responsabilidade objetiva, não permitindo, neste caso, alegações de excludentes de responsabilidade, uma vez que, independentemente da culpa, o poluidor é responsável:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Em se tratando de dano ambiental cometido por um agente da administração pública, a regra indica que haja a aplicação da responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo.⁵³⁶ Todavia, no caso do dano ter sido cometido em razão da omissão na prestação de determinados serviços que lhe competem, referente ao poder-dever de fiscalização e planejamento do ente federado, existem muitas divergências entre os doutrinadores.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que, em se tratando de atividade clandestina, a responsabilidade do Poder Público é subjetiva, somente incidindo em caso de falta de serviço, em que não funciona ou funciona mal ou tardiamente.⁵³⁷ Logo, percebe-se que trata de uma responsabilidade indireta da administração decorrente da omissão ao desenvolvimento da atividade/ação de forma clandestina, ou seja, decorrente da ausência da fiscalização do ente público. Sendo a responsabilidade subjetiva, admite-se excludentes e há a necessidade de comprovação do elemento culpa.

Em julgamento de Ação de Indenização, em 04 de abril de 2016, o Superior Tribunal de Justiça traçou decisão favorável ao autor, manifestando que a indenização por danos materiais e morais decorrentes de enchentes em que ficou comprovada a conduta omissiva e comissiva da Administração, bem como o nexo de causalidade entre o dano e a conduta (Laudo pericial conclusivo quanto ao erro técnico do Município), cabe ao município. A responsabilidade civil do Município, neste caso, foi constatada em razão do dano ter sido possível em decorrência de uma conduta de omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) aplicando-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Todavia, a decisão ressalta que, caso o Estado não tenha agido, não se pode, logicamente, imputar a ele o dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizar o Estado se descumpriu o seu dever legal de obstar ao evento lesivo.

⁵³⁶ FREITAS, Juarez. Estudos de direito administrativo. 2ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.122.

⁵³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 11ed. São Paulo: Malheiros, p.670/671.

Caso dos autos em que a obrigação de agir era evidente, com fundamento no Art. 30 da Constituição Federal.⁵³⁸

Desta maneira, apesar da dualidade de posicionamento dos doutrinadores, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça tem inclinado ao reconhecimento da responsabilidade subjetiva, em se tratando de casos em que se fazia obrigatório o serviço do Estado e este não executou ou realizou de forma ineficaz, resultando em dano ao administrado. Para verificação prática do julgamento destes casos, no próximo conteúdo serão analisados diversos julgados sobre a questão.

3.3. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS

Em pesquisas realizadas junto aos endereços eletrônicos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça, foi possível realizar um levantamento de diversos casos que tiveram julgamentos condenatórios aos municípios em decorrência de conduta omissiva, principalmente relacionada à fiscalização e ordenamento do solo. Vejamos:

Na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público em desfavor do Município de São Sebastião do Caí, em decorrência de loteamento clandestino, foi reconhecida a responsabilidade subsidiária do ente público em razão de ter negligenciado do seu poder-dever de impedir o uso ilegal do solo urbano, bem como pela abstenção na fiscalização necessária ou de ter se valido das vias judiciais próprias para evitar a utilização do solo de forma irregular. Assim foi reconhecida a responsabilidade do ente juntamente com o loteador, ainda que subsidiariamente, pelos prejuízos advindos da ocupação irregular.⁵³⁹

Também, em ação movida contra o município de Nova Prata, foi reconhecida a responsabilidade do loteador e, subsidiariamente, do município em decorrência do dever constitucional de fiscalização da ocupação do solo urbano e seu parcelamento - que abrange inclusive o poder-dever de embargar obra (Art. 30, VIII, da Constituição Federal c/c art. 40 da Lei Federal n. 6.766/79).⁵⁴⁰

Em desfavor do município de Montenegro, a Ação Civil Pública obteve o entendimento de que o Município é parte passiva legítima na medida em que, tendo

⁵³⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp 846397. Decisão Monocrática, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁵³⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível: AC 70042585687 RS. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122802377/apelacao-civel-ac-70052822483-rs/inteiro-teor-122802384?ref=juris-tabs#> Acesso em: 17 abr. 2016.

⁵⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Processo Cível, Número Themis: 70063348155. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/>. Acesso em: 17 abr. 2016.

falhado na fiscalização a ponto de permitir que o loteamento clandestino se instalasse, incorreu em culpa *in vigilando*.⁵⁴¹

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento a respeito da responsabilidade municipal sobre loteamento, compreendeu que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar o loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada.⁵⁴²

Noutro sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em ação ajuizada contra o município de Natal em função dos danos causados por ineficiência do sistema de drenagem das águas pluviais, aplicou a responsabilidade civil subjetiva, pois o dano decorreu de conduta omissiva, isto é, mau fornecimento do serviço, não prestação dele ou prestação tardia, uma vez que foram verificados os danos da omissão do ente público no tocante ao fornecimento de infraestrutura capaz de escoar as águas pluviais e evitar a inundação de residência.⁵⁴³

Na mesma instância foi realizado o julgamento de Ação Indenizatória movida por morador contra o Estado do Rio Grande do Sul, em razão da interrupção de obras (dragagem e desassoreamento do Arroio Feijó) e a conjugação de chuvas em maior intensidade que resultaram no alagamento da sua residência, gerando prejuízos cuja reparação foram postulados na ação. Desta maneira, o julgamento compreendeu que o Estado deve responder pelos danos advindos da omissão quanto à manutenção, dragagem e desassoreamento do arroio, o que, somado a fortes chuvas, causou enchentes na região ao seu entorno. Não há dúvidas, portanto, de que o Estado réu se omitiu quanto aos problemas ocasionados na região de moradia da autora, ante a inundação provocada pela enchente. Caracterizou-se, assim, a responsabilidade subjetiva do Estado, mediante a conjugação concomitante de três elementos - dano, negligência administrativa e nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público, sendo, portanto, inafastável o direito da autora à indenização ou reparação civil dos prejuízos suportados.⁵⁴⁴

Diante da narrativa do julgamento dos casos em concreto, percebe-se que no atendimento aos requisitos traçados pelos tribunais: quando o dano decorre de conduta omissiva, isto é, mau fornecimento do serviço, não prestação dele ou prestação tardia, há condenação do ente público à indenização ou realização das obras necessárias, preceito

⁵⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Processo Cível, Número Themis: 70052822483. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁵⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1310642/RS. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁵⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1440491. Decisão Monocrática, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁵⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1308914. Decisão Monocrática, Ministra Diva Malerbi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 17 abr. 2016.

este que decorre da previsão fixada pela Constituição Federal de 1988 e pela Política Nacional do Meio Ambiente.

4. A GESTÃO DO RISCO CRIADO

Conforme mencionado no título “a ocupação das áreas de risco”, os riscos em sua maioria são riscos criados, suportados pelos administrados e, por consequência, pela Administração Pública. Ou seja, locais que são ocupados em desrespeito às leis ambientais e aos próprios limites impostos pelo meio ambiente resultam na criação de riscos que poderiam ser evitados se fossem gerenciados e planejados. Para tanto, é preciso ter em mente que a política de prevenção e precaução dos riscos mediante análises técnicas e conjugadas é necessária e emergencial.

4.1. A PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO NA OCUPAÇÃO DE ÁREAS DE RISCO

Na legislação brasileira acerca da defesa ambiental, as tutelas de prevenção e precaução estão presentes nos processos administrativos de licenciamento ambiental. Os estudos acerca dos riscos que a atividade representa(rá), devem (ou deveriam) ser objeto e alvo das medidas de mitigação.

Na seara do Direito dos Desastres, a Lei nº 12.608/2012,⁵⁴⁵ que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil– (PNPDEC), prevê que a gestão dos desastres é composta pela: prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação. Além disso observa, em seu art. 2º § 2º, que a incerteza quanto ao risco de desastre não constitui óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras em uma situação de risco. No mesmo sentido, o Decreto nº 7.257/2010 identifica como ações de prevenção aquelas destinadas a reduzir a ocorrência e a intensidade de desastres, por meio da identificação, mapeamento e monitoramento de riscos, ameaças e vulnerabilidades locais, incluindo a capacitação da sociedade em atividades de defesa civil, entre outras estabelecidas pelo Ministério da Integração Nacional.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ BRASIL. Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 10 de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁵⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. Disponível em:

Ainda no ordenamento brasileiro, a PNPDEC entende que a redução dos riscos de desastres deve ser realizada mediante o conjunto de medidas preventivas: *estruturais* e *não-estruturais*. As *medidas estruturais* englobam obras de engenharia de qualquer especialidade e as medidas *não-estruturais* são prioritárias na minimização de ameaças e/ou de vulnerabilidades, pois englobam o planejamento da ocupação e/ou da utilização do espaço geográfico, definição das áreas de risco, bem como o aperfeiçoamento da legislação de segurança contra desastres.⁵⁴⁷

Todavia, muito além do que tradicionalmente previsto na legislação, as *medidas estruturais* denotam uma importância muito mais acentuada, em que ‘o Direito dos Desastres começa a demonstrar a relevância operacional da utilização dos serviços ambientais como medidas estruturais preventivas⁵⁴⁸ e mitigadoras dos desastres, valorando os ecossistemas não apenas como bens ambientais mas, sobretudo, a partir da proteção e valorização dos serviços ecossistêmicos prestados de prevenção e proteção contra os desastres.’⁵⁴⁹

Os serviços ecossistêmicos contribuem, assim, para a redução mais eficaz de risco de desastres, bem como para mitigar os danos em um cenário pós-desastre. Com isso, não vigiar o ecossistema pode agravar significativamente os danos em um desastre, resultando em dificuldades de reconstrução em locais vulneráveis.⁵⁵⁰

Apesar da proteção gerada pelos ecossistemas ser proeminentemente percebida num cenário pós-desastre, é na fase preventiva que estes desenvolvem maior

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm#art17>. Acesso em: 12 maio 2016.

⁵⁴⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Secretaria Nacional de Defesa Civil. Política Nacional de Defesa Civil. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=6aa2e891-98f6-48a6-8f47-147552c57f94&groupId=10157>. Acesso em: 03 abr. 2016.

⁵⁴⁸ Conforme já vislumbrado, tradicionalmente as medidas estruturais se limitavam a compreender as infraestruturas de engenharia civil, sendo, portanto, estratégias subsidiárias em relação às medidas não-estruturais em razão de seus custos serem, via de regra, mais elevados quando comparados com as medidas não-estruturais. As obras de infraestrutura tendem a ser mais onerosas também temporalmente. Finalmente, as obras de engenharia, frequentemente, promovem novas intervenções no ambiente, resultando em impactos ambientais muitas vezes significativos. Contudo, a inserção dos serviços ecossistêmicos compreendidos como medida estrutural, a partir da noção de infraestrutura natural, altera tal prevalência. As estratégias de utilização de obras de engenharia civil para prevenção e mitigação de desastres compreende obras tais como diques, muros de contenção, obras de drenagem, entre outras possibilidades. CARVALHO, Délton Winter de. O papel do Direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção dos desastres. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo. Vol. 75, 2014, p. 45/74.

⁵⁴⁹ CARVALHO, Délton Winter de. O papel do Direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção dos desastres. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo. Vol. 75, 2014, p. 45/74.

⁵⁵⁰ SUDMEIER-RIEUX, Karen. Ecosystems, livelihood and disasters: an integrated approach to disaster risk management, 2006. Disponível em: <http://proactnetwork.org/proactwebsite/media/download/resources/Ecosystem-based-DRR/IUCN_ecosystems_livelihoods_disasters_2006.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.