

do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 582

em 01/09/17


CRISTIANE LEITE ROSELINGUA
PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO

EMENTA N.º 11.783

Meio ambiente e urbanismo. Direito de protocolo. Extensão. Ultratividade da legislação municipal. Aplicabilidade de lei federal superveniente. Imóvel adjacente a curso d'água. Incidência de Área de Preservação Permanente em área urbana. Interpretação do Novo Código Florestal (Lei federal n.º 12.651/12). Necessário reconhecimento técnico da função ambiental para fins de caracterização de APP. Caso ausente tal função, aplicável a legislação municipal.

INTERESSADO: JAMIL ZAKI NAMOUR

ASSUNTO: Projeto Modificativo de Alvará de Aprovação de Edificação Nova. Parâmetros construtivos.

Informação nº 1.299/2017 - PGM-AJC

COORDENADORIA GERAL DO CONSULTIVO
Assessoria Jurídico-Consultiva
Senhora Procuradora Assessora Chefe

A Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (SMUL) formula consulta acerca do direito aplicável ao caso *in comento*, especialmente no que se refere à incidência das Áreas de Preservação Permanente (APP) objeto de regramento pela Lei federal n.º 12.651/12 (Código Florestal), ou, ao revés, das faixas não-edificáveis decorrentes das normas municipais.



Folha de Informação nº 583

do PA 2009-0.369.765-0

em 01 / 09 / 15 

Trata-se expediente que cuida de pedido de Alvará de Aprovação e Execução de Edificação Nova, formulado em dezembro de 2009, para a construção de edificação com 9 pavimentos, 3 subsolos, com área de construção equivalente a 19.462,03 m², destinada a escritórios nR3.

Considerando que o imóvel confronta o Córrego Carpelos (Pirajussara-Mirim) e o Córrego Pirajussara, o expediente foi encaminhado pela então Secretaria Municipal de Licenciamento (SEL) à Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente (SVMA), que se manifestou a fls. 473/474, apontando a incidência da faixa de APP prevista na Lei federal n.º 12.651/12 (Novo Código Florestal), nos termos da Portaria Conjunta SEL/SVMA n.º 02/2015. A manifestação da SVMA foi reproduzida pela Secretaria Municipal de Serviços e Obras, por meio de sua Superintendência de Projetos Viários, conforme fls. 486.

Por conta disto, e em razão da total inserção do imóvel em faixa de APP, foi proposto pela então SEL o indeferimento do pedido (fls. 487/488).

Ocorre que o interessado manifestou-se a fls. 490, contrapondo-se à proposta de indeferimento, o que gerou o encaminhamento do expediente para a Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (SMUL-AJ).

A Assessoria Jurídica da Pasta pronunciou-se a fls. 570/578, propugnando a incidência das faixas marginais *non aedificandi*, nos termos do regramento vigente quando do protocolo do pedido, de modo a restar afastada a Portaria SEL/SVMA n.º 002/2015. Demais, teceu considerações sobre a efetiva caracterização de APP, em virtude das características de ocupação da área.

É o que se entende suficiente à guisa de relatório.



Folha de Informação nº 584

do PA 2009-0.369.765-0

em 01 / 09 / 14 

Preliminarmente, convém ressaltar, como já salientado em diversas oportunidades, que não compete a esta Procuradoria Geral do Município verificar o enquadramento técnico de empreendimentos nas condições normativas, sob pena de usurpação de competência dos órgãos municipais com expertise e atribuição para tanto (cf. já manifestado nos pareceres incorporados na Informação n.º 130/2012-PGM.AJC, Informação n.º 1.441/2013-PGM.AJC e Informação nº 232/2015 – PGM.AJC).

Assim, o escopo do presente parecer é o atendimento à consulta jurídica especificamente formulada pela Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento.

Trata-se, a propósito, de questão jurídica revestida de notável complexidade, porquanto envolve, como aspectos subjacentes, dois pontos por si só intrincados, quais sejam: Área de Preservação Permanente em área urbana e regime do denominado "direito de protocolo".

A conjugação de tais aspectos evidencia a consulta formulada a esta Procuradoria Geral, sintetizada da seguinte forma pela SMUL: "Assim, se discute a aplicação das disposições do Código Florestal em relação ao presente processo" (fls. 571/verso). Nos termos do robusto parecer da Assessoria Jurídica da SMUL (fls. 570/578), "não se têm por aplicáveis, no presente processo, os dispositivos da Portaria SEL/SVMA 002/2015. De rigor, aliás, considerar de regência as normas vigentes quando do protocolo do pedido de Projeto Modificativo de Alvará de Aprovação e Execução de Edificação Nova" (fls. 575). Além disso, foi consignado que as características de ocupação da área afastariam o seu enquadramento como APP.

A bem da verdade, compreende-se que o caso presente merece análise por diversos prismas, de modo a exigir um estudo apartado, de acordo com os tópicos a seguir.



do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 585em 01 / 09 / 12 

I. DIREITO DE PROTOCOLO E O REGIME DE
PROTEÇÃO AMBIENTAL

O instituto comumente proclamado “direito de protocolo” decorre de uma característica ínsita do direito urbanístico, tratada por José Afonso da Silva como “coesão dinâmica”¹, assentada, entre outros aspectos, sobre a noção da realidade objeto de transformação, de modo a conjugar a “realidade do futuro àquilo que é a realidade atual”².

A sua previsão já vem acompanhando a legislação municipal há tempos, nos termos da Lei n.º 11.228/92 (Código de Obras e Edificações)³, Lei n.º 13.430/02 (Plano Diretor Estratégico de 2002)⁴ e Lei n.º 13.885/04 (Lei de Parcelamento de Uso e Ocupação do Solo anterior)⁵. As mais recentes normas urbanísticas igualmente o contemplam, conforme disposto no atual Plano Diretor (Lei n.º 16.050/14)⁶ e na vigente LPUOS (Lei n.º 16.402/16)⁷.

Ocorre que a composição do instituto foi sofrendo ao longo de sua incidência uma série de análises por parte das instâncias jurídicas do Município de São Paulo, que passaram a consolidar diretrizes condutoras de sua aplicação, permitindo extrair algumas notas que interessam para o deslinde da questão ora apreciada.

Vale consignar, preliminarmente, que inexiste equivalência entre o “direito de protocolo” e o direito adquirido assegurado constitucionalmente. Como já ressaltado por esta PGM-AJC, o “direito adquirido é uma espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do titular, e, por isso, protegido de futuras mudanças legislativas que regulem o ato pelo qual fez surgir seu direito” (parecer ementado sob o n.º 10.799 - Informação n.º 1.065/2005-PGM.AJC). Por outro lado, o “direito de

¹ *Direito urbanístico brasileiro*, 3.ed., p. 59.

² *Idem*, p. 60.

³ Nos termos de seu artigo 14.

⁴ Artigo 302.

⁵ Artigos 242 a 244.

⁶ Artigos 380 e 381.

⁷ Artigos 162 e 163.



Folha de Informação nº 586

do PA 2009-0.369.765-0

em 01 / 09 / 14 

protocolo” envolve situações em que a lei velha alcança situações jurídicas pendentes, em processo de formação, excepcionado a regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação, em tais caso, da lei nova. Trata-se do fenômeno da “sobrevivência da lei velha” ou “ultratividade da lei”⁸.

Tal posição é compartilhada pela Secretaria dos Negócios Jurídicos, para quem o “‘direito de protocolo’ não constitui, absolutamente, ‘direito adquirido’, pois como bem observou a PGM, só são acobertadas pelo manto do ‘direito adquirido’ as situações ou relações jurídicas cujo fato gerador tenha ocorrido por inteiro, de modo a se integrar ao patrimônio do sujeito de direito durante a vigência da lei antiga, o que não é o caso dos projetos meramente protocolados, sem decisão administrativa definitiva” (cf. Informação 3.420/2005-SJ.G).

Importante consignar que o Judiciário vem acolhendo, de um modo geral, a incidência e a validade do instituto, tal qual disciplinado nas leis urbanísticas, conforme se extrai da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito. Citem-se as seguintes decisões: Apelação n.º 0122049-06.2008.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Edson Ferreira, julg. em 06/06/2012; Apelação n.º 0012087-14.2009.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Coimbra Schmidt, julg. em 6/08/2012; Apelação n.º 0034935-92.2009.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Barcellos Gatti, julg. em 25/08/2014⁹.

Com arrimo na legitimidade do “direito de protocolo”, as instâncias jurídicas do Município sedimentaram, entre outros, alguns aspectos fundamentais em relação ao instituto.

⁸ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, 1995, São Paulo: RT, p. 296. De acordo com o autor, em relação ao fenômeno da ultratividade, “sempre que se verificar, a sobrevivência da lei velha implicará, normalmente, a exclusão dos efeitos imediatos e futuros da lei em vigor, no que tange particularmente a situações ou relações em curso no momento da alteração legislativa, que passam, assim, a ser *imunes* aos naturais efeitos previstos na vigente legislação” (ob. cit., p. 297).

⁹ Relevante apontar que alguns julgados do TJ-SP, embora reconheçam a categoria do “direito de protocolo”, emprestam-lhe uma feição própria, associando-a ao instituto do direito adquirido, equivalência que não se sustenta, conforme já exposto. É o que se verifica, *verbi gratia*, no Acórdão prolatado na Apelação n. 0036275-71.2009.8.26.0053 (Rel. Des. Francisco Bianco, julg. em 15/09/2014).

Folha de Informação nº 687

do PA 2009-0.369.765-0

em 01/09/14 

Uma delas refere-se ao parâmetro interpretativo que lhe é associado. Assim, o "direito de protocolo" merece uma *hermenêutica restritiva*, alheia a incidências dilatadas que acabem por abraçar situações não contempladas. Esta é a posição desta PGM-AJC, nos termos do já aludido parecer ementado sob o número 10.799, em que restou fixado o seguinte:

"E, tal como ocorre com os princípios da irretroatividade das leis e do respeito ao direito adquirido, as formas pelas quais a sobrevivência da lei velha podem ser estabelecidas nos ordenamentos jurídicos constituem regras de hermenêutica que devem, em função do interesse público que visam disciplinar, merecer aplicação restritiva, haja vista tratar-se de excepcionar a regra geral contida na lei nova" (destaque nosso).

Na mesma direção posicionou-se a então Secretaria dos Negócios Jurídicos, destacando que "as situações resguardadas pelo 'direito de protocolo' **devem ser interpretadas restritivamente**, de maneira afeta aos estritos limites postos na lei nova, vedada a extensão de seu efeitos, por analogia, a outras situações que não as expressamente previstas pelas respectivas regras de transição" (cf. Informação n.º 3.420/2005-SJ.G).

Tal premissa, aliás, serviu de base para a apreciação de questão parelha à tratada no presente. Com efeito, houve pronunciamento desta Assessoria Jurídico-Consultiva sobre a aplicabilidade do "direito de protocolo" em *matéria ambiental*. É o que se extrai do entendimento manifestado no parecer vertido na Informação n.º 0232/2015-PGM.AJC, que concluiu no sentido da prevalência do direito de protocolo em relação às zonas especiais ambientais.

Entre os argumentos apresentados, encontra-se a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, que já apreciou casos em que o "direito de protocolo" foi contraposto às zonas especiais contempladas em lei municipal nova. Foi mencionado o julgado tomado na Apelação n.º 0034935-92.2009.8.26.0053, no âmbito do qual o Judiciário analisou a incidência do art.

Folha de Informação nº 588

do PA 2009-0.369.765-0

em 01/09/17 (90)

242 da Lei n.º 13.885/04 à luz da Zona Especial de Interesse Social (ZEIS) que passou a integrar o zoneamento da área *sub judice*. Vale transcrever alguns trechos da decisão judicial (4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Barcellos Gatti, julg. em 25/08/2014, v.u.):

"Ao que se infere, o próprio sistema normativo municipal, a fim de evitar conflitos de interesses inerentes às novas diretrizes de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, previu hipóteses em que a área, embora classificada pela lei nova como ZEIS, seguiria o regramento da legislação anterior, preservando-se o *status quo*.

Esta ressalva, própria do direito intertemporal (ultratividade das leis, poder de alcance conferido à norma com relação a fatos futuros, ainda que cessada sua vigência formal), deve-se à própria natureza immanentemente conflituosa do direito urbanístico, em que se observa, de um lado, a superveniência de políticas públicas que visem atender a garantia constitucional de moradia digna associada à função social da propriedade (art. 6º, caput cc. Art. 5º, XXIII, da CF/88) e, de outro, a tutela do direito de propriedade individual (art. 5º, XXII, da CF/88).

(...)

Traçadas estas premissas, atente-se que a mesma inteligência ultrativa (...) foi seguida pela norma insculpida no art. 176, alínea 'a', do PDE, e pelos arts. 242 e 243, das Disposições Transitórias da Lei Municipal nº 13.885/2004, com vigência a partir de 03.02.2005 (...).

E, foi justamente com respaldo nesta ressalva normativa que a Municipalidade deferiu o alvará de aprovação e execução de edificação nova em favor das empresas-corrés, observando-se que o direito de protocolo foi exercido ainda em 19.01.2005, antes da entrada em vigência da nova legislação municipal, o que conferiu às interessadas a faculdade de optarem pela aplicação da lei até então vigente, que, por sua vez, não incluía a área em que situado o terreno



do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 539
em 01 / 09 / 17 

sub judice no rol das *Zonas Especiais de Interesse Social*." (destaque
nosso)

Perceba-se, logo, que o entendimento da AJC baseou-se estritamente no direito de protocolo à luz da alteração legislativa no âmbito municipal. Este o alcance, e o próprio limite, do instituto, o qual inadmite aplicação extensiva capaz de abranger as supervenientes alterações legislativas federais.

Trata-se da melhor compreensão jurídica sobre o tema, compatível com a compostura do sistema federativo brasileiro. Inadmissível que lei municipal, ao garantir a ultratividade de legislação pretérita, desconsidere os efeitos de eventual alteração normativa na esfera nacional, sob pena de oblíqua usurpação de competência legislativa.

Este aspecto, aliás, foi expressamente consignado na Informação n.º 0232/2015-PGM.AJC, embora em caráter *obiter dictum*, conforme trecho abaixo reproduzido:

"(...) diante do exposto acima, entende-se que merecem prevalecer os ditames do art. 242 da Lei n.º 13.885/04 diante das zonas especiais ambientais.

A conclusão ora alçada não afasta a necessidade de incidência dos demais aspectos ambientais envolvidos, alheios à incidência do 'direito de protocolo' e das zonas especiais referidas, tais como a tutela decorrente da existência de Área de Preservação Permanente (...)." (destaque nosso)

Deste modo, conclui-se que o "direito de protocolo" não alcança, em tese, as alterações legislativas no âmbito federal, restringindo-se à ultratividade da legislação municipal correlata.

A premissa para a aplicação desta conclusão encontra-se na dependência da própria avaliação da compostura da atribuição legislativa no caso concreto, notadamente daquela que envolve a competência concorrente,

Folha de Informação nº 590

do PA 2009-0.369.765-0

em 03 / 09 / 17 

como a matéria ambiental (*stricto sensu*) e a urbanística¹⁰. Nesse sentido, caso sobrevenha o entendimento jurídico da prevalência da norma nacional superveniente, a prescrição nela veiculada não pode ser afastada com assento no "direito de protocolo". Por conta disto é que a conclusão é firmada "em tese".

A propósito disto, esclareça-se desde já que o firmamento de tal posição não conduz à incidência automática ao caso *in comento* da Área de Preservação Permanente, nos termos da Lei n.º 12.651/12. Imprescindível verificar a interpretação que vem se emprestando a este diploma normativo federal, o que será analisado no tópico a seguir.

II. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ÁREA URBANA: ENTENDIMENTOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS ADOTADOS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

A questão referente à caracterização das Áreas de Preservação em áreas urbanas já sofreu múltiplas análises por parte das instâncias jurídico-institucionais do Município de São Paulo, conforme bem apontado pela SMUL-AJ.

Retomem-se, para fins de uma contextualização geral das discussões já realizadas, o histórico das posições jurídicas abraçadas, bem assim o entendimento atualmente adotado, nos termos da Lei federal n.º 12.651/12 (Novo Código Florestal).

No ano de 2002, esta Procuradoria Geral do Município expediu o parecer ementado sob o n.º 10.235, assentado no Código Florestal pretérito (Lei federal n.º 4.771/65), no seguinte sentido:

¹⁰ Advirta-se que o próprio tema da atribuição legislativa em matéria ambiental encontra-se revestido de complexidade, como alerta Paulo de Bessa Antunes, que aponta a "aridez e dificuldade do tema relativo às competências ambientais em um regime federativo" ("Áreas de Preservação Permanente Urbanas", In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 206, abr./jun.2015, p. 84).

Folha de Informação nº 591

do PA 2009-0.369.765-0

em 01 / 09 / 11 

"Área de Preservação Permanente. Conflito aparente entre a aplicação da Lei Federal n.º 4.771/65 (Código Florestal) e a Lei Municipal n.º 10.365/87. Definição dos parâmetros de preservação aplicáveis. Competência municipal exclusiva para a edição de normas sobre uso e ocupação do solo".

O parâmetro condutor de tal interpretação decorreu do art. 2º, parágrafo único, de tal diploma, que fazia expressa referência ao quanto disposto nos "planos diretores e leis de uso do solo"¹¹. Nesse sentido, prevalecia o entendimento da ascendência da lei municipal nessa seara.

Posteriormente, no ano de 2003, houve a expedição de entendimento dissonante pela Procuradoria Geral do Município, conforme o parecer ementado sob o n.º 10.536¹², o qual, entretanto, não foi acolhido pela então Secretaria dos Negócios Jurídicos, que manteve o entendimento de 2002 vertido na retromencionada Ementa n.º 10.235 (cf. Informação n.º 3.759/2003-SJ.G).

Essa compreensão permaneceu até o final do ano de 2009, sofrendo modificação por manifestação da Secretaria dos Negócios Jurídicos, que proclamou a prevalência do Código Florestal sobre as leis municipais para fixar a faixa *non aedificandi* de proteção dos cursos d'água (cf. Informação n.º 2.202/2009-SNJ.G).

Já no ano seguinte (ano de 2010), nova avaliação jurídica foi realizada pela Procuradoria Geral do Município, que firmou compreensão segundo a qual para as zonas urbanas deverá ser observado o quanto disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso e ocupação do solo, respeitados

¹¹ *In verbis*: "No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo."

¹² *In verbis*: "Áreas de preservação permanente. Faixas ao longo dos cursos d'água. Largura. Lei Federal n.º 4.771/65 (Código Florestal) e Lei Municipal n.º 10365/87. Conflito. Matéria objeto de competência concorrente (art. 24, inciso VI, da Constituição Federal). Competência da União para a expedição de normas gerais. Prevalência da lei federal".

Folha de Informação nº 592

do PA 2009-0.369.765-0

em 01 / 09 / 14 

os limites máximos do artigo 2º da Lei federal n.º 4.771/65. Trata-se do parecer ementado sob o número 11.490 (Informação n.º 0568/2010-PGM.AJC), acolhido pela Secretaria dos Negócios Jurídicos, que, a propósito, expediu determinação no sentido da prevalência do entendimento “de que as faixas de preservação marginais aos cursos d’água, necessárias para definição das faixas *non aedificandi*, sejam aquelas fixadas pela legislação municipal”.

Ocorre que sobreveio no ano de 2012 a Lei federal n.º 12.651/12 (proclamado como o Novo Código Florestal), motivo pelo qual a questão foi novamente enfrentada pelas instâncias jurídicas do Município de São Paulo.

Após enfrentamento do tema por esta Assessoria Jurídico-Consultiva e pela a Secretaria dos Negócios Jurídicos, firmou-se o entendimento segundo o qual, *in verbis* (Informação n.º 2.947a/2013-SNJ.G):

- (i) “às faixas marginais de cursos d’água, identificadas como Áreas de Preservação Permanente-APP aplica-se o regime de proteção previsto na Lei Federal n.º 12.651/12, respeitadas as exceções nela previstas”.
- (ii) “Nos casos em que as faixas marginais de cursos d’água não possuam as características necessárias para serem consideradas como Áreas de Preservação Permanente-APP, aplicar-se-á, para os fins de definição da área ‘non aedificandi’, a legislação municipal”.

Verifica-se, logo, que uma determinada área sujeitar-se-á ao regime da Área de Preservação Permanente se margear curso de água que tenha a função ambiental descrita legalmente; ao contrário, aquela que ladear um curso de água que não se preste à preservação, há que se submeter às regras edilícias municipais, inclusive à delimitação da porção *non aedificandi*.

Folha de Informação nº 593

do PA 2009-0.369.765-0

em 01 / 09 / 18 

Este o parâmetro hermenêutico firmado no ano de 2013 - posteriormente consolidado em sede doutrinária e jurisprudencial (como será visto no item III a seguir) -, e que merece aplicabilidade ao caso presente (a ser exposto no item IV).

III. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E
JURISPRUDENCIAL: REFORÇO À POSIÇÃO JURÍDICA ADOTADA PELO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

A conclusão manifestada no item anterior, que remonta ao ano de 2013, encontrou posterior ressonância no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Nesse sentido, a fim de corroborar o entendimento então firmado, convém apontar os entendimentos ulteriores que a confirmam.

Citem-se as lições de Paulo de Bessa Antunes, para quem são dois os requisitos fundamentais para a caracterização de uma APP: (i) as definições geográficas contempladas no Novo Código Florestal; (ii) a função ambiental.

Confira-se destaque a este último. Trata-se de um *critério legal finalístico* expressamente previsto na Lei federal n.º 12.651/12, conforme o art. 3º, inciso II, que define a Área de Preservação Permanente como a "área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas" (destaque nosso).

Com efeito, como assinala o autor a respeito das metragens previstas no art. 4º do Novo Código Florestal, a "simples inclusão 'áreas urbanas' não é suficiente para afastar a função finalística da norma, muito menos para atribuir função ambiental a área que, concretamente analisada à luz da Hidrologia, da Botânica ou de outra ciência ambiental aplicada, não



Folha de Informação nº 594

do PA 2009-0.369.765-0

em 01 / 09 / 18 ~~09~~

apresente as características necessárias para o aperfeiçoamento do conceito jurídico"¹³.

Em igual direção encontra-se Édis Milaré. Para este jurista, "as áreas de preservação permanente, para serem caracterizadas como tal, deverão possuir a sua função ambiental". Deste modo, "mesmo que as áreas de preservação permanente em tese existam nas áreas urbanas, não poderão ser assim classificadas se estiverem totalmente divorciadas de sua função original"¹⁴.

Igualmente merece referência a seguinte passagem doutrinária:

"os parâmetros para Áreas de Preservação Permanente ao longo dos cursos d'água devem ser sim aplicados ao meio urbano, contudo, esta aplicação é condicional, somente se justificando quando houver função ecológica a se proteger, pois é este o objetivo do Código Florestal. Destoadas de razoabilidade as restrições à propriedade, à livre iniciativa, com todos os problemas sociais e econômicos que isto acarreta, se não houver qualquer ganho ecológico com as mesmas! Por outro lado, não se justifica a perda da importante função ambiental das margens do rio, simplesmente por se tratar de meio urbano.

Assim, é preciso conciliar o Código Florestal e a Lei de Uso e Parcelamento do Solo, diante do caso concreto: caso haja função ecológica a preservar, aplicam-se os parâmetros das Áreas de Preservação Permanente; do contrário, aplicável à área *non aedificandi* prevista na lei urbanística."¹⁵

¹³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Ob. cit., p. 89.

¹⁴ *Direito do ambiente*. 2013, p. 1.267.

¹⁵ CARVALHO, Lucas Azevedo de. "As áreas de preservação permanente e o meio urbano". In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 76, out./dez.2014, p. 300.

Folha de Informação nº 595

do PA 2009-0.369.765-0

em 02 / 09 / 15 

Já na seara jurisprudencial, ênfase seja dada ao entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, notadamente de suas Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente. Consolidou-se, neste âmbito, a compreensão de que uma área desprovida de função ecológica não pode ser reputada como APP, não se aplicando a extensão das faixas dispostas no art. 4º da Lei federal n.º 12.651/12.

Nos termos da decisão tirada da Apelação n.º 0069119-75.2011.8.26.0224 (1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Des. Torres de Carvalho, julg. 16/02/2017), a Corte paulista consignou que "a área de preservação permanente, coberta ou não por vegetação nativa, tem a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas."

Observou-se, porém, que as "áreas protegidas não cumprem sempre as sete funções, mas aquelas às quais se destina; no caso presente, as matas ciliares visam à preservação dos recursos hídricos (evitar o assoreamento e manter a qualidade da água), a estabilidade geológica (evitar a erosão e o consequente assoreamento), com a função paralela (mas não a principal) de assegurar a biodiversidade e o fluxo gênico de fauna e flora." Já em relação à área urbana, "a mata ciliar protege os recursos hídricos e, de modo secundário, as demais funções; pode-se dizer que a proteção dos recursos hídricos é a principal função ambiental da mata ciliar urbana."

No tocante ao caso *sub judice*, a conclusão do Tribunal deu-se no seguinte sentido, em passagem que se destaca:

"Não vejo como atribuir à faixa ao longo do córrego canalizado, isolado da natureza, recomposta em florestas ou não, a função ecológica primitiva. A mata protetora nada protegerá, uma vez que as águas foram isoladas e não têm, nesse trecho, contato algum com a natureza; e não há sentido maior em impedir a ocupação que se amolde ao Plano Diretor e às posturas urbanas

Folha de Informação nº 596

do PA 2009-0.369.765-0

em 02 / 09 / 18 

dos terrenos localizados depois da rua, se esta própria permanece onde está com o impacto ambiental que lhe é próprio. São circunstâncias que levam a uma flexibilidade do uso das áreas de preservação permanente na área urbana, conforme a Câmara Ambiental reconheceu em ocasião anterior¹⁶. (destaque nosso)

Os entendimentos acima expostos permitem confirmar a juridicidade do entendimento abraçado pelas instâncias jurídicas do Município de São Paulo.

IV. SUBSUNÇÃO DOS ENTENDIMENTOS JURÍDICOS AO CASO TRATADO NO PRESENTE PROCESSO

Como visto, uma determinada área sujeitar-se-á ao regime da APP se margear curso de água que tenha a função ambiental descrita legalmente; ao contrário, aquela que ladear um curso de água que não se preste à preservação, há que se submeter às regras edilícias municipais, inclusive à delimitação da porção *non aedificandi*.

¹⁶ Conforme apontado no próprio *decisum*, já havia entendimento similar do TJ-SP. Cite-se o seguinte julgado (Apelação n.º 0056169-68.2010.8.26.0224, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Relator Designado Desembargador Torres de Carvalho, julgamento em 18/04/2013): “Não se põe em dúvida, ainda mais ante os termos da LF n.º 12.651/12, a aplicação do Código Florestal à área urbana; mas aí não se esgota a questão. A Câmara tem hesitado em definir em que ponto, em que situações e com que finalidade as restrições ambientais se aplicam às áreas urbanas ocupadas em que, mercê da própria ocupação e das alterações produzidas no córrego ou entorno, a função ambiental deixou de existir. O problema é mais agudo nas áreas marginais aos cursos d’água, onde estão as ocupações mais antigas. Tais alterações são as seguintes: (a) a retificação e o envelopamento do córrego, em que o mesmo é total ou parcialmente isolado do meio ambiente circundante; (b) a canalização, em que o córrego é contido em galerias e perde o curso superficial; e (c) as obras públicas feitas em seu curso, as mais comuns o aproveitamento das áreas marginais para a expansão do sistema viário (ruas e avenidas). Nos três casos a área de preservação (que visa à proteção dos recursos hídricos, facilitando a recarga do rio e a proteção das margens, com o benefício adicional de preservar a biodiversidade, a fauna e a flora) perde a sua função ambiental. Nas hipóteses ‘a’ e ‘b’ as margens estão protegidas pela obra pública e a água que se infiltre no solo não atingirá o rio, pois este foi isolado do solo circundante; na hipótese ‘c’ temos um curso d’água retificado, uma avenida de cada lado com a respectiva impermeabilização do solo e, quando é o caso, uma pequena área de poucos metros depois dela ainda contida na faixa dos trinta metros.”



Folha de Informação nº 597

do PA 2009-0.369.765-0

em 02 / 09 / 15

Ora, a identificação de uma APP consubstancia atividade casuística, na dependência de uma aferição eminentemente técnico-ambiental a propósito das funções ambientais contempladas legalmente (preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica e da biodiversidade, bem com a facilitação do fluxo gênico de fauna e flora, a proteção do solo e o asseguramento do bem-estar).

Com assento em tal premissa, conclui-se que não compete a esta Procuradoria Geral tal aferição técnica, *munus* detido potencialmente pela Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, sem prejuízo de outros órgãos municipais. Imprescindível, logo, uma manifestação técnica acerca da função ambiental específica da área tratada no presente.

Sobre tal avaliação, convém tecer algumas considerações a propósito das Portarias conjuntas n.º 1 e 2, ambas do ano de 2015.

A Portaria conjunta SEL/SIURB/SVMA n.º 01/15 estabelece duas situações envolvendo imóveis junto a corpos d'água. Pela primeira, "quando o corpo d'água for natural ou canalizado em galeria aberta", a SVMA deverá ser consultada "para verificação de incidência de Área de Preservação Permanente-APP nos termos do Código Florestal". Pela segunda, "quando o corpo d'água for canalizado em galeria fechada", a deve ser consultada a Superintendência de Projetos Viários (PROJ) "para demarcação da faixa não edificável necessária, nos termos da legislação municipal".

Já a Portaria conjunta SEL/SVMA n.º 02/15 basicamente replica a metragem de APP estabelecida na Lei federal n.º 12.651/12.

A interpretação de tais atos normativos deve ser compatibilizada com as premissas jurídico-institucionais adotadas no Município de São Paulo. Nesse sentido, a mera configuração de um córrego em galeria aberta não permite deduzir, *per se*, a ocorrência de uma respectiva função ambiental, aspecto que exige uma correspondente análise por parte dos setores técnicos com expertise para tanto.



Folha de Informação nº 598

do PA 2009-0.369.765-0

em 02 / 07 / 17 

Tome-se novamente o exemplo do julgado acima transcrito, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que se debruçou sobre a caracterização de APP às margens do córrego dos Cubas, localizado no Município de Guarulhos. Trata-se de córrego que corre a céu aberto canalizado com gabiões¹⁷, o qual, a despeito disto, não apresenta a função ambiental exigida para fins de incidência do regime de APP.

Para além de uma adequada interpretação das portarias referidas, pode apresentar-se como conveniente uma regulamentação mais segura sobre a aferição das funções ambientais dos cursos d'água - notadamente os córregos - localizados no Município de São Paulo.

Concorda-se, quanto a isso, com a ponderação da SMUL-AJ de fls. 577/verso, que merece reprodução:

"Há, neste ponto, uma séria de dificuldades operacionais, o que, ora se sugere, deveria ser objeto de Portaria, senão de Decreto. Deveria ser estabelecido a quem competiria dizer da presença das características próprias de APP para determinado curso d'água ou seu trecho (...); serem previstos critérios de análise e competência de acordo com a área em que se situar a faixa marginal (caracterização das áreas urbanas consolidadas em contraposição às áreas rurais; localização de acordo com os parâmetros do Plano Diretor (as macroáreas e zoneamento); presença de canalização; procedimentos a serem observados e outros quesitos, eventual inserção no BDT".

A estipulação de um regramento como este tem a aptidão para gerar uma uniformidade maior em relação à caracterização das Áreas de Preservação Permanente, de modo a gerar um ambiente regulatório compatível com a segurança jurídica.

¹⁷ Cf. apontado no bojo do Acórdão (Apelação n.º 0069119-75.2011.8.26.0224, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Des. Torres de Carvalho, julg. 16/02/2017).

do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 599
em 02 / 09 / 12 

Trata-se, contudo, de avaliação que compete às Pastas envolvidas. Em relação ao caso tratado no presente, indispensável, repita-se, a manifestação técnica da função ambiental da área tratada no presente.

V. CONCLUSÃO

Das posições acima expostas decorrem as seguintes conclusões:

(i) O "direito de protocolo" não alcança as alterações legislativas no âmbito federal, restringindo-se a uma ultratividade da *legislação municipal* correlata. Deste modo, aplicável a Lei federal n.º 12.651/12 para o caso *in comento*, nos termos da interpretação jurídica que o Município de São Paulo vem emprestando ao Novo Código Florestal;

(ii) Merece ratificação o entendimento jurídico-institucional segundo o qual determinada área estará sujeita ao regime da Área de Preservação Permanente prevista na Lei federal n.º 12.651/12 se margear curso d'água que tenha a *função ambiental* descrita legalmente. Caso contrário, incidente as regras urbanísticas municipais, inclusive quanto à delimitação da porção *non aedificandi*;

(iii) Compete à Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, sem prejuízo da manifestação de outros órgãos municipais, a aferição da função ambiental da área tratada no presente;

(iv) A despeito da subsistência das Portarias conjuntas n.º 01/15 e 02/15, pode apresentar-se conveniente uma regulamentação mais precisa sobre a aferição técnica das funções ambientais dos cursos d'água localizados no Município de São Paulo, aspecto a ser considerado pelas Secretarias municipais envolvidas.



do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 600

em 01 / 09 / 17 

Feitas tais considerações sobre a consulta formulada pela Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento, remeto para avaliação superior.

São Paulo, 29 de agosto de 2017.


RODRIGO BORDALO RODRIGUES
Procurador Assessor – AJC
OAB/SP 183.508
PGM

do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 603em 02 / 09 / 14 **INTERESSADO:** JAMIL ZAKI NAMOUR**ASSUNTO:** Projeto Modificativo de Alvará de Aprovação de Edificação Nova. Parâmetros construtivos.**Cont. da Informação nº 1.299/2017 – PGM.AJC****PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**
Senhor Procurador Geral

Encaminho a Vossa Excelência a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral do Consultivo, que acolho integralmente, no seguinte sentido:

(i) O "direito de protocolo" não alcança as alterações legislativas no âmbito federal, restringindo-se a uma ultratividade da *legislação municipal* correlata. Deste modo, aplicável a Lei federal n.º 12.651/12 para o caso *in comento*, nos termos da interpretação jurídica que o Município de São Paulo vem emprestando ao Novo Código Florestal;

(ii) Merece ratificação o entendimento jurídico-institucional segundo o qual determinada área estará sujeita ao regime da Área de Preservação Permanente prevista na Lei federal n.º 12.651/12 se margear curso d'água que tenha a *função ambiental* descrita legalmente. Caso contrário, incidente as regras urbanísticas municipais, inclusive quanto à delimitação da porção *non aedificandi*;

(iii) Compete à Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, sem prejuízo da manifestação de outros órgãos municipais, a aferição da função ambiental da área tratada no presente;

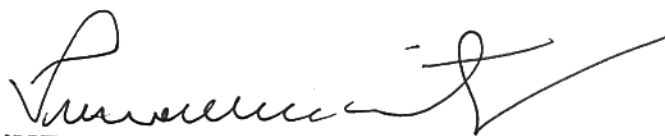
do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 602

em 01 / 09 / 17 

(iv) A despeito da subsistência das Portarias conjuntas n.º 01/15 e 02/15, pode apresentar-se conveniente uma regulamentação mais precisa sobre a aferição técnica das funções ambientais dos cursos d'água localizados no Município de São Paulo, aspecto a ser considerado pelas Secretarias municipais envolvidas.

São Paulo, 29 / 08 / 2017.



TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO
COORDENADORA GERAL DO CONSULTIVO SUBSTITUTA
OAB/SP 175.186
PGM / AJC

do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 603

em 01 / 09 / 17 

INTERESSADO: JAMIL ZAKI NAMOUR

CRISTIANE LEITE
AGPP - RE. T. 0010
PR. 1410

ASSUNTO: Projeto Modificativo de Alvará de Aprovação de Edificação Nova. Parâmetros construtivos.

Cont. da Informação nº 1.299/2017 - PGM-AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DE URBANISMO E LICENCIAMENTO
Senhora Secretária

Encaminho o presente com a manifestação da Coordenadoria Geral do Consultivo desta Procuradoria Geral, que acompanho integralmente, no sentido de que:

(i) O "direito de protocolo" não alcança as alterações legislativas no âmbito federal, restringindo-se a uma ultratividade da *legislação municipal* correlata. Deste modo, aplicável a Lei federal n.º 12.651/12 para o caso *in comento*, nos termos da interpretação jurídica que o Município de São Paulo vem emprestando ao Novo Código Florestal;

(ii) Merece ratificação o entendimento jurídico-institucional segundo o qual determinada área estará sujeita ao regime da Área de Preservação Permanente prevista na Lei federal n.º 12.651/12 se margear curso d'água que tenha a função ambiental descrita legalmente. Caso contrário, incidente as regras urbanísticas municipais, inclusive quanto à delimitação da porção *non aedificandi*;

do PA 2009-0.369.765-0

Folha de Informação nº 604em 01 / 09 / 17 

(iii) Compete à Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, sem prejuízo da manifestação de outros órgãos municipais, a aferição da função ambiental da área tratada no presente;

(iv) Sem prejuízo da subsistência das Portarias conjuntas n.º 01/15 e 02/15, pode apresentar-se conveniente uma regulamentação mais precisa sobre a aferição técnica das funções ambientais dos cursos d'água localizados no Município de São Paulo, aspecto a ser considerado pelas Secretarias municipais envolvidas.

São Paulo, 01 / 09 / 2017.



RICARDO FERRARI NOGUEIRA
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
OAB/SP 175.805
PGM


RBR

PA369765-direito de protocolo-área de preservação permanente