



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ESTUDO DE CASO: ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA ÁGUA ESCONDIDA E A
SUA RECATEGORIZAÇÃO EM PARQUE NATURAL MUNICIPAL

Victor de Moraes Lopes

Rio de Janeiro
2019

VICTOR DE MORAES LOPES

ESTUDO DE CASO: ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA ÁGUA ESCONDIDA E A
SUA RECATEGORIZAÇÃO EM PARQUE NATURAL MUNICIPAL

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

ESTUDO DE CASO: ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA ÁGUA ESCONDIDA E A SUA RECATEGORIZAÇÃO EM PARQUE NATURAL MUNICIPAL

Victor de Moraes Lopes

Graduado pelo IBMEC. Advogado.

Resumo – O município de Niterói, através da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Sustentabilidade, com base na legislação federal do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, protagoniza no âmbito municipal a recategorização de uma unidade de conservação, modificando a Área de Proteção Ambiental da Água Escondida, em unidade de conservação de proteção integral, ora denominada de Parque Natural Municipal da Água Escondida. A recategorização de unidade de conservação deve respeitar diversos requisitos legais e jurisprudenciais até que seja publicada a efetiva recategorização, como por exemplo a desapropriação de áreas particulares. Nesta pesquisa tem-se como objetivo analisar de forma rápida o cumprimento dos requisitos no caso concreto, bem como os desafios a serem enfrentados pelo ente municipal recategorizador.

Palavras-chave – Direito ambiental. Áreas de Proteção Ambiental. Unidades de Conservação. Recategorização

Sumário – Introdução. 1. As áreas de proteção ambiental da água escondida. 2. Como recategorizar as áreas de águas escondidas 3. Qual o regime aplicável para desapropriação e o orçamento fiscal municipal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da recategorização da Área de Proteção Ambiental da Água Escondida em Parque Natural Municipal da Água escondida, unidade de conservação regulada pela Lei Nacional 9985/00, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

Procura-se demonstrar que a recategorização da unidade de conservação proposta alinha-se com a recente política da Prefeitura Municipal de Niterói em criar e ampliar unidades de conservação da categoria de proteção integral.

Inicia-se o primeiro capítulo do abordando as unidades de conservação, sua criação e suas formas de alteração.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, a competência formal e material dos entes municipais para alterarem as unidades de conservação. Isso porque, trata-se de lei federal que regula o tema, o que por si só, enseja dúvida quanto a competência municipal para alterar e recategorizar os espaços ambientais.

O terceiro capítulo pesquisa aborda a perda patrimonial dos proprietários quando da recategorização dos espaços ambientais, e de que forma o ente municipal cumprira com a

indenização ou se esta será indevida, diante das análises de precedentes dos tribunais superiores.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

1. AS ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA ÁGUA ESCONDIDA

Trata-se de recategorizar uma área uso sustentável (Área de Proteção Ambiental) para uma área de proteção integral (Parque Natural Municipal).

A recategorização, por si só, implica, de forma prática, o aumento da proteção ambiental, entretanto, entende-se ser importante destacar os conceitos para que fique cristalina a necessidade de mudança.

Nas unidades de uso sustentável dar-se-á exploração de maneira a garantir perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. O Objetivo é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais¹

Precisamente, a Área de Proteção Ambiental (APA) é uma extensa área natural destinada à proteção e conservação dos atributos bióticos (fauna e flora), estéticos ou culturais ali existentes, importantes para a qualidade de vida da população local e para a proteção dos ecossistemas regionais.

O objetivo principal de uma APA é a conservação de processos naturais e da biodiversidade, através da orientação, do desenvolvimento e da adequação das várias atividades humanas às características ambientais da área.

Como unidade de conservação da categoria uso sustentável, a APA permite a ocupação humana. Estas unidades existem para conciliar a ordenada ocupação humana da área e o uso sustentável dos seus recursos naturais. A ideia do desenvolvimento sustentável direciona toda e qualquer atividade a ser realizada na área.

¹ AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 9. ed. Rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018, p. 285.

As APAs podem ser estabelecidas em áreas de domínio público ou privado, pela União, Estados ou Municípios, sem a necessidade de desapropriação das terras privadas. No entanto, as atividades e usos desenvolvidos nestas estão sujeitos a regras específicas.

As condições para a realização de pesquisas científicas e a visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade, enquanto nas propriedades privadas, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação pelo público, observadas as exigências e restrições legais.²

Já nas unidades de Proteção Integral deverá ser observada a manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferências humanas, se admitindo, em regra, apenas o uso indireto dos atributos naturais, ou seja, aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais.³

Precisamente, os parques constituem unidades de conservação, terrestres e/ou aquáticas, normalmente extensas, destinadas à proteção de áreas representativas de ecossistemas, podendo também ser áreas dotadas de atributos naturais ou paisagísticos notáveis, sítios geológicos de grande interesse científico, educacional, recreativo ou turístico, cuja finalidade é resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais com a utilização para objetivos científicos, educacionais e recreativos.

Assim, os parques são áreas destinadas para fins de conservação, pesquisa e turismo. Podem ser criados no âmbito nacional, estadual ou municipal, em terras de seu domínio, ou que devem ser desapropriadas para esse fim.

A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento. As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.⁴

² BRASIL. *Lei nº 3385/2019*. Art.172. As Unidades de Conservação são criadas por ato do Poder Público e definidas, dentre outras, conforme a Lei Federal 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC, segundo as seguintes categorias: (...). Disponível em: http://pgm.niteroi.rj.gov.br/legislacao_pmn/2019/Leis/Lei%203385%20Plano%20Diretor.pdf. Acesso em: 06 ago. 2019.

³ BRASIL. *Lei nº9985*. Art.7, § 1º. O objetivo básico das unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9985-18-julho-2000-359708-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 06 ago. 2019.

⁴ Ibidem.

A necessidade de recategorização está na pressão urbana existente no seu entorno, provenientes de diversas comunidades e de alguns bairros de classe média, com a presença de pontos de descarte e queima de lixo, presença de animais de pastoreio e ocorrência de frequentes incêndios de vegetação, portanto, a recategorização poderá favorecer a recuperação destas encostas, instituir marco legal para ações de fiscalização ambiente e o fortalecimento do ecoturismo na região.

Comparando a proteção conferida a área de Proteção Ambiental e ao Parque Natural Municipal, é de fácil visualização a necessidade de alteração como forma de garantir a proteção ao meio ambiente, o fortalecimento legal para a fiscalização ambiental impedir o aumento da degradação na região, bem como o fortalecimento da área de pesquisa ambiental, educação ambiental e turismo na nova unidade de conservação.

2. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA RECATEGORIZAÇÃO DO ESPAÇO AMBIENTAL PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL

As Unidades de Conservação são criadas por ato do Poder Público e definidas, dentre outras, conforme a Lei Federal nº 9.985⁵, que institui o Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC, regulamentado parcialmente pelo Decreto nº 4340⁶, prevendo doze modalidades de unidades de conservação.

A Área de Proteção ambiental da Água Escondida foi criada pela Lei Municipal nº 2621⁷, portanto para que haja sua recategorização, esta deve ser feita por projeto de lei, atendendo-se ao comando constitucional e legal que exige instrumento normativo de mesmo nível hierárquico.⁸⁹

O Parque Natural Municipal da Água Escondida modificou os limites originais, baseando-se na inclusão de novas áreas que não eram compreendidas na Área de Proteção Ambiental, de modo que, à luz do que dispõe as normas legais supramencionadas, que exigem norma de mesmo nível hierárquico, o processo é válido. Ressalto ainda que o processo administrativo iniciado no âmbito da SMARHS tem o número de 250/175/2018.

⁵ Ibidem.

⁶ BRASIL. *Decreto nº 4.340 de 22 de agosto de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

⁷ BRASIL. *Lei nº 2621*. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2008/263/2621/lei-ordinaria-n-2621-2008-cria-a-area-de-protecao-ambiental-da-agua-escondida-e-autoriza-a-criacao-de-parque-municipal-em-area-que-abrange-parte-dos-bairros-de-fatima-do-pe-pequeno-cubango-fonseca-e-sao-lourenco>. Acesso em: 06 ago.2019.

⁸ BRASIL. op. cit. nota 5.

⁹ BRASIL. op. cit. nota 2.

Ressalta-se que é de competência legal da Secretaria de Meio Ambiente, Recursos Hídrico e Sustentabilidade de Niterói – SMARHS, propor a criação e a recategoria de Unidades de Conservação – UC, nos termos do art. 29, X, Lei nº 2602¹⁰.

Portanto, não existe vício formal orgânico, porquanto todos os entes possuem competência constitucionais para instituir em seus territórios espaços territoriais especialmente protegidos, conforme artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, artigo 23, VI e VII e art. 24, VI, e art. 30, incisos I e VII, todos da Constituição Federal¹¹.

No que tange a conformidade material com a Constituição Federal e com o Plano Diretor recém aprovado, descarta-se vício.

Ao revés, trata-se de projeto que dá concretude ao dever do Estado insculpido nos art. 2º, 3º e 5º, parágrafo 5º, do Plano Diretor de Niterói¹².

Passada a análise dos aspectos formais e materiais do processo e do projeto de lei, é importante mencionar que a recategorização opera efeitos práticos que engendram uma maior e melhor proteção legal do meio ambiente.

Inicialmente, se tem uma área uso sustentável (Área de Proteção Ambiental) para uma modifica-se para uma área de proteção integral (Parque Natural Municipal), o que já bastaria para demonstrar de forma prática o aumento da proteção ambiental, entretanto, entende-se ser importante destacar os conceitos para que fique cristalina a necessidade de mudança.

Nas unidades de uso sustentável dar-se-á exploração de maneira a garantir perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. O Objetivo é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais. ¹³

Precisamente, a Área de Proteção Ambiental (APA) é uma extensa área natural destinada à proteção e conservação dos atributos bióticos (fauna e flora), estéticos ou culturais ali existentes, importantes para a qualidade de vida da população local e para a proteção dos ecossistemas regionais. O objetivo principal de uma APA é a conservação de processos naturais e da biodiversidade, através da orientação, do desenvolvimento e da adequação das várias atividades humanas às características ambientais da área.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 2602* de 14/10/2008. Art.29, X. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2008/260/2602/lei-ordinaria-n-2602-2008-institui-o-codigo-municipal-ambiental-de-niteroi-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 06 ago. 2019.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 225. Art.23. Art.24. Art. 30. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

¹² BRASIL. op. cit. nota 2.

¹³ AMADO, op. cit. nota 1, p. 285.

Como unidade de conservação da categoria uso sustentável, a APA permite a ocupação humana. Estas unidades existem para conciliar a ordenada ocupação humana da área e o uso sustentável dos seus recursos naturais. A ideia do desenvolvimento sustentável direciona toda e qualquer atividade a ser realizada na área.

APAs podem ser estabelecidas em áreas de domínio público ou privado, pela União, Estados ou Municípios, sem a necessidade de desapropriação das terras privadas. No entanto, as atividades e usos desenvolvidos nestas estão sujeitos a regras específicas. As condições para a realização de pesquisas científicas e a visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade, enquanto nas propriedades privadas, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação pelo público, observadas as exigências e restrições legais.

Já nas unidades de Proteção Integral deverá ser observada a manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferências humanas, se admitindo, em regra, apenas o uso indireto dos atributos naturais, ou seja, aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais.

Precisamente, os parques constituem unidades de conservação, terrestres e/ou aquáticas, normalmente extensas, destinadas à proteção de áreas representativas de ecossistemas, podendo também ser áreas dotadas de atributos naturais ou paisagísticos notáveis, sítios geológicos de grande interesse científico, educacional, recreativo ou turístico, cuja finalidade é resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais com a utilização para objetivos científicos, educacionais e recreativos.

Assim, os parques são áreas destinadas para fins de conservação, pesquisa e turismo. Podem ser criados no âmbito nacional, estadual ou municipal, em terras de seu domínio, ou que devem ser desapropriadas para esse fim.

A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento. As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.

Comparando a proteção conferida a área de Proteção Ambiental e ao Parque Natural Municipal, é de fácil visualização a necessidade de alteração como forma de garantir a proteção ao meio ambiente, o fortalecimento legal para a fiscalização ambiental impedir o

aumento da degradação na região, bem como o fortalecimento da área de pesquisa ambiental, educação ambiental e turismo na nova unidade de conservação.

3. QUAL O REGIME APLICÁVEL PARA DESAPROPRIAÇÃO

A criação ou recategorização de uma unidade de conservação deverá ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade. Cabe ressaltar, que ambos requisitos são indispensáveis, sob pena de invalidade, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF:

Quando da edição do Decreto de 27.02.2001, a Lei nº 9.985/00 não havia sido regulamentada. A sua regulamentação só foi implementada em 22 de agosto de 2002, com a edição do Decreto nº 4.340/02. O processo de criação e ampliação das unidades de conservação deve ser precedido da regulamentação da lei, de estudos técnicos e de consulta pública. O parecer emitido pelo Conselho Consultivo do Parque não pode substituir a consulta exigida na lei. O Conselho não tem poderes para representar a população local. Concedida a segurança, ressalvada a possibilidade da edição de novo decreto.¹⁴

Nos autos da presente recategorização consta amplo estudo técnico das vantagens e obstáculos para a realização da mudança, bem como conta com data, hora e ampla divulgação da Audiência Pública, com o propósito de debater a recategorização do Parque Municipal da Água Escondida, cumprindo com o requisito de publicidade do poder público (art. 37, caput, CRFB)¹⁵ e com os requisitos específicos presentes da lei do sistema nacional das unidades de conservação - SNUC¹⁶.

Assim, mesmo que a comunidade local se manifeste em consulta pública o não desejo na recategorização da unidade de conservação, essa manifestação popular será persuasiva, não vinculando o poder público. Sobre a natureza da consulta pública, convém colacionar decisão do STF:

É importante salientar que a consulta pública, não obstante se constitua em instrumento essencialmente democrático, que retira o povo da plateia e o coloca no palco dos assuntos públicos, não tem, aqui, a natureza de um plebiscito. Algumas manifestações contrárias à criação da estação ecológica não têm a força de inviabilizar o empreendimento, até porque a finalidade da consulta pública é apenas

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24184 DF*, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 13/08/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-02-2004 PP-00022 EMENT VOL-0214 1-04 PP-00735. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770655/mandado-de-seguranca-ms-24184-df/inteiro-teor-100486810>. Acesso em: 06 ago.2019.

¹⁵ BRASIL. op. cit. nota 11.

¹⁶ BRASIL. op. cit. nota 03.

‘subsidiar a definição da localização, da dimensão e dos limites mais adequados para a unidade. (art. 5º do Decreto 4.340/2002). Isso quer dizer que a decisão final para a criação de uma unidade de conservação é do chefe do Poder Executivo. O que este se obriga a fazer, segundo a lei, é apenas ouvir e ponderar as manifestações do povo, o que, segundo a nota técnica de fls. 512/513, parece haver ocorrido.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou que a ampliação dos limites territoriais de unidade de conservação, como é também o presente caso, necessita de consulta pública e de estudos técnicos no que concerne ao acréscimo, conforme decisão da Suprema Corte.

Portanto, conforme se demonstra os requisitos prévios são essenciais a recategorização e foram cumpridos por aquela secretaria conforme constam nos autos do processo, existe robusta evidência de seu cumprimento, a consulta pública foi amplamente divulgada, com a ata da mesma no corpo do processo, assim como, o extenso laudo técnico que fundamentou o pedido de recategorização da área de preservação ambiental em parque natural municipal.

Quanto as necessárias desapropriações, o decreto nº 3.365¹⁸, normativa legal que trata de desapropriações por utilidade pública, estabelece que, mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados e segundo o qual, há determinação para que, após a expedição do decreto declarando a utilidade pública, a desapropriação ocorra no prazo de cinco anos, sob pena de caducidade do respectivo decreto declaratório.

O decreto nº 3.365 em seu artigo 10^o¹⁹, afirma que a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

Ocorre que as Unidades de Conservação são criadas por ato do Poder Público (lei ou decreto), mas apenas extintas, reduzidas ou recategorizadas por lei, nos termos do artigo 225, § 1.º, III, da Constituição Federal²⁰.

A Constituição Federal prevê nesse dispositivo que a criação de UCs constitui medida essencial e imprescindível para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais da coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida.

Portanto, apenas lei poderá promover alterações nessas áreas protegidas, ficando clara, portanto, a intenção constitucional de dificultar a possibilidade de redução da área de uma UC, da sua extinção ou da redução do seu nível de proteção por recategorização dessa UC.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 25.347*. Disponível em: https://ww w.agu.gov.br /page/content/imprimir/id_conteudo/126852. Acesso em: 06 ago. 2019.

¹⁸ BRASIL. *Decreto – lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /dec reto-lei/del3365.htm Acesso em: 06 ago. 2019.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BRASIL. op. cit. nota 11.

Já o art. 11, §1º da Lei nº 9.985/2000²¹, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), não previu prazo para a desapropriação das áreas que menciona, por exemplo, a categoria de Parque Nacional, portanto, apesar da necessidade de desapropriar algumas áreas particulares dentro do Parque Natural Municipal de Água Escondida, não se tem prazo legal ou na jurisprudência, entendendo o STF, pela possibilidade da instituição de Unidade de conservação de propriedade pública sem que se tenha efetivado todas as desapropriações na área em comento.

Outro ponto que merece atenção se refere à potencial “reabertura” do prazo prescricional de desapropriação para as áreas particulares inseridas na área que se pretende a recategorização.

Dispõe o artigo 12, §1º da Lei Federal nº 9.985 de 2000²² ao tratar do Parque Municipal, afirma que é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

O que se verifica da confrontação do regime jurídico aplicável às duas unidades de conservação, isto é, à Área de Proteção Ambiental e ao Parque Natural, ainda que aquela carecesse de maiores especificações normativas, é que, enquanto a primeira admite a presença de áreas públicas ou privadas em seu perímetro, o Parque Natural, por expressa opção legislativa, somente admite áreas de titularidade pública.

Disso decorre que, enquanto na Área de Proteção Ambiental as desapropriações seriam apenas indiretas, isto é, o Poder Público só teria o dever de indenizar o particular que tivesse o conteúdo econômico de sua propriedade esvaziado em razão das limitações incidentes devido à Área de Proteção Ambiental e apenas a partir da impulsão do próprio particular, no Parque Natural apenas se admitem propriedades públicas, o que impõe, necessariamente, inclusive por expresse comando legal, que o Poder Público proceda à desapropriação direta das propriedades.

Outra consequência disso é que, enquanto sob o regime da Área de Proteção Ambiental o pleito indenizatório (desapropriação indireta) se submeteria a prazo prescricional, no caso da instituição do Parque Natural o decurso temporal qualquer que seja ele, não teria o condão de afastar o dever do Poder Público de transferir, mediante desapropriação direta, para si a titularidade da propriedade.

Se por um lado é certo que quando uma limitação administrativa é de tal intensidade que chegue a esvaziar o conteúdo econômico da propriedade o prejudicado tem direito a

²¹ BRASIL. op. cit. nota 03.

²² Ibidem.

pleitear do Poder Público indenização, por outro, também é certo que a pretensão só surge e, portanto, se inicia o prazo prescricional, quando evidenciado o esvaziamento.

Considerando que a grande característica da limitação administrativa é a sua generalidade - uma vez que não é imposta a destinatários específicos e sim a toda uma categoria de bens -, não obstante condicione a plenitude do exercício do direito de propriedade, não demandaria, segundo a orientação doutrinária prevalecente, o pagamento de nenhum tipo de indenização ao proprietário. Eventual prejuízo daí decorrente seria para todos (proprietários de determinada categoria de bens) e em favor de todos (do interesse coletivo).

Assim é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho:

No caso das limitações administrativas, o Poder Público (...) pretende condicionar as propriedades à verdadeira função social que delas é exigida, ainda que em detrimento dos interesses individuais dos proprietários. Decorrem elas do *ius imperii* do Estado, que, como bem observa Hely Lopes Meirelles, tem o domínio eminente e potencial sobre todos os bens de seu território, de forma que, mesmo sem extinguir o direito do particular, tem o poder de adequá-lo coercitivamente aos interesses da coletividade.²³

De fato, o reconhecimento da natureza jurídica das áreas de preservação permanente como limitações administrativas faz concluir pela inexistência do direito à indenização, em regra. Ainda afirma José dos Santos Carvalho Filho:

Se quisermos caracterizar a natureza jurídica das limitações, poderíamos dizer que se trata de atos legislativos ou administrativos de caráter geral, que dão o contorno do próprio direito de propriedade. (...) Sendo imposições de ordem geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários. As normas genéricas, obviamente, não visam a uma determinada restrição nesta ou naquela propriedade, abrangem quantidade indeterminada de propriedades. Desse modo, podem contrariar interesses dos proprietários, mas nunca direitos subjetivos. Por outro lado, não há prejuízos individualizados, mas sacrifícios gerais a que se devem obrigar os membros da coletividade em favor desta.²⁴

Entretanto, em determinadas circunstâncias, é possível que a limitação administrativa impeça de maneira significativa o exercício dos direitos inerentes ao proprietário, de modo a implicar no esvaziamento do próprio conteúdo do direito de propriedade e na eliminação de seu uso econômico ou do direito de alienação. Nesses casos, evidentemente, surge o dever de o Poder Público indenizar os prejuízos do proprietário ou possuidor:

²³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.483.

²⁴ *Ibidem*.

Apelação cível e reexame necessário. Desapropriação indireta. Ausência de alegações finais. Prejuízo não comprovado. Preliminar de nulidade afastada. Ação indenizatória movida contra município. Imóvel em área de preservação permanente. Impossibilidade total de edificação instituída por lei complementar e decreto municipais. Aquisição do bem anterior à restrição. Esvaziamento do conteúdo econômico do imóvel verificado. Indenização devida. Honorários advocatícios. Redução ao patamar de 5% previsto no art. 27 do decreto-lei n. 3.365/1941. Recurso parcialmente provido. Remessa desprovida.²⁵

Inclusive, é jurisprudência dos Tribunais Superiores que inexistente obrigação de indenizar quando da conduta do poder público não decorrer o esvaziamento econômico da propriedade. Assim, a criação de uma unidade não significa, necessariamente, imediata desapropriação a exigir anterior previsão orçamentária.

Portanto, por se entender que sequer seria possível afirmar que o prazo prescricional de desapropriação indireta em razão da instituição da Área de Preservação Ambiental teria, de fato, iniciado e por se tratar inclusive de modalidades distintas de desapropriação, a recategorização da unidade de conservação não parece esbarrar neste aspecto pragmático.

Contudo, o fato do Parque Municipal impor a desapropriação das áreas particulares nele inseridas deve ser levado em consideração para fins de escolha da unidade de conservação mais adequada para proteger a região, uma vez que, se por um lado se deve resguardar o meio ambiente, de outro não se pode desconsiderar o grande gravame que tal medida enseja ao direito de propriedade privada, de guarida constitucional, assim como os impactos orçamentários da medida para o Poder Público.

Em que pese as desapropriações nas áreas particulares dentro da área do parque, conforme explicitado acima, existem ainda as propriedades limítrofes, ou seja as comunidades já instaladas nas áreas contíguas ao Parque Natural Municipal que deverão ser incluídas àquele espaço ambiental integralmente protegido.

Tal inclusão deverá ser realizada pelo plano de manejo do Parque Natural Municipal criado. No caso em tela, a minuta do projeto de lei que propõe a recategorização traz um prazo de 5 (cinco) anos para a entrega pelo órgão gestor (SMARHS) do devido plano.

É importante ressaltar que são necessárias consultas contínuas a população diretamente afetada pela modificação da proteção de uma área que muitos nem mesmo sabiam se tratar de unidade de conservação.

Deve-se ainda ser levado em consideração as questões ambientais, ou seja, a efetiva modificação na prática de uso sustentável para proteção integral, as questões socioeconômicas, históricas e culturais que caracterizam a região. Portanto, os costumes

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2012.056073-0*, Rel. Des. João Henrique Blasi. Florianópolis, julgamento 19 nov. de 2013, DJE de 03/12/2013. Acesso em: 14 ago. 2019.

históricos das áreas modificadas, devem ser observados e em alguns casos mantidos no plano de manejo.

O PNM Água escondida abrange mais de 62 (sessenta e dois) hectares, dentro de um Município totalmente urbano e de dentro da região metropolitana, quando aprovada na Câmara Municipal será a maior área protegida da parte central da cidade.

Pelo exposto, o plano de manejo de importante fragmento ambiental protegido torna-se de maior importância como forma de garantir o potencial para atividades relacionadas a pesquisa científica, proteção do patrimônio arquitetônico e paisagístico, educação ambiental e fomento ao turismo, sempre integrado às necessidades das comunidades do entorno.

O importante fragmento quando tiver seu plano de manejo em elaboração deve-se ter em mente que trata-se de um espaço verde urbano, e por isso está conectado a diversos seres vivos. Assim, quando for preciso realizar uma intervenção em uma área, é importante planejá-la, para evitar ou minimizar os danos sobre ela mesma e sobre os outros seres vivos que com ela interagem, incluindo os seres humanos.²⁶

No caso em comento, a escolha é adequada uma vez que a grande maioria dos imóveis presentes na área do Parque são públicas e, a recategorização tem como interesse a preservação ambiental, o fortalecimento do ecoturismo e o incremento na proporção do ICMS ecológico.

Os municípios são entes dotados de autonomia política, administrativa e financeira, uma das formas que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante financeiramente os Municípios, bem como a descentralização do poder público é pelo repasse de 25% (vinte cinco por cento) do valor arrecado pelo Imposto sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal – ICMS – nos termos do art. 158, IV, CRFB²⁷.

O ICMS ecológico é uma das formas de os Municípios receberem uma parcela maior desse repasse, inicialmente, ele surgiu como forma de premiar os entes municipais pela restrição de uso de solo em locais protegidos (Unidades de conservação), como é o caso da instituição do Parque da Água escondida, pois haverá limitações ao uso afim de garantir sua preservação.

Entretanto, não só isso, mas também um mecanismo tributário que possibilita um maior repasse em razão do atendimento de determinados critérios ambientais estabelecidos

²⁶CEMIG. *Manual de Arborização Cemig Bioversitas*. Disponível em: http://www.cemig.com.br/sites/imprensa/pt-br/Documents/Manual_Arborizacao_Cemig_Biodiversitas.pdf. Acesso em: 06 ago. 2019.

²⁷ Brasil. op. cit., nota 11.

em leis estaduais. Conclui-se que não houve a criação de um novo imposto, mas a redistribuição da parcela de 75% (setenta e cinco por cento) que pertencem aos Estados.

Municípios que preservam suas florestas e conservam sua biodiversidade ganham uma pontuação maior nos critérios de repasse e recebem recursos financeiros a título de compensação pelas áreas destinadas à conservação, e, ao mesmo tempo, um incentivo para a manutenção e criação de novas áreas para a conservação da biodiversidade.

O Paraná foi o primeiro estado brasileiro a instituir o ICMS Ecológico, em 1989. A seguir vieram os Estados de São Paulo (1993), Minas Gerais (1995), Amapá (1996), Rio Grande do Sul (1997), Mato Grosso do Sul, Pernambuco e Mato Grosso (2000), Tocantins (2002), Acre (2004), Rio de Janeiro, Ceará (2007) e Rondônia (1997).²⁸

Em Niterói houve uma crescente mudança de pensamento quanto as áreas verdes da cidade capitaneada pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente, Recursos hídricos e Sustentabilidade, em 2013 ocupava a 19^o posição no ranking dos municípios estabelecidos com os critérios do ICMS ecológico. Até a ultima publicação de resultado feita pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, Niterói passou a ocupar a quarta posição com a criação de parques como o do caso em tela.

Finalmente, convém trazer entendimento do MPF na nota técnica no 4^a CCR n.º 8/2017, em que se tratando de unidade de conservação, não se justifica a exigência de declaração individualizada pelo Estado de utilidade pública, pois a manifestação de vontade do Poder Público em adquirir compulsoriamente os imóveis que integram a unidade de conservação já foi expressamente manifestada pelo legislador na Lei n.º 9985/00²⁹.

Nesses termos:

Por outro lado, o decreto ou a lei que criam uma unidade de conservação, cumprem a função de indicar a relevância ambiental do espaço que ganha especial proteção e, portanto, evidenciar sua utilidade difusa. E embora seja um ato geral, também tem a função de permitir a individualização das áreas passíveis de desapropriação. Portanto, exigir para cada imóvel incidente no território da unidade de conservação novo ato de “manifestação de vontade do Poder Público” fere a razoabilidade, além de afrontar direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, bem como o princípio da vedação da proteção deficiente dos direitos fundamentais. Ademais, criada uma unidade de conservação, seja por ato do Poder Executivo ou do Legislador, é inconcebível se cogitar de prazo de caducidade do ato normativo que a criou. Ressalto ainda que, pelo próprio conceito de caducidade, não há como sustentar o argumento de que, com o decurso do prazo, o ato “caducaria apenas para fins de desapropriação.

²⁸OECD. *O que é icms ecológico*. Disponível em: < <https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28048-o-que-e-o-icms-ecologico/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²⁹ BRASIL. op. cit. nota 03.

Portanto, percebe-se que no caso concreto, todos os requisitos legais foram atendidos e a recategorização é legal e respeita todos os parâmetros constitucionais, mas não só isso, respeita o orçamento público buscando formas de incrementá-lo, tudo isso protegendo áreas verdes de interesse intergeracional.

CONCLUSÃO

Até a presente data a recategorização ainda não teve seu processo concluído, apesar de avançar rapidamente pelo poder executivo municipal, entretanto, muitos desafios ainda precisaram ser enfrentados para que a recategorização produza seus efeitos integralmente.

É mister que a Câmara Municipal de Niterói entenda a necessidade que se faz pela recategorização e aprove a minuta de projeto de lei conforme foi encaminhado pela Secretaria de Meio Ambiente de Niterói.

O processo administrativo 250/175/2018, atualmente, está no gabinete do Prefeito do Município de Niterói sendo analisado, sendo aprovado pelo alcaide, o mesmo será encaminhado por mensagem executiva a Câmara Municipal.

Ademais, importante se faz importante mencionar que o plano de manejo, documento técnico obrigatório, tem o prazo estipulado na minuta de projeto de lei de 5 (cinco) anos e, é imprescindível que seja cumprido o prazo, pois é nele que estarão incluídos o zoneamento da unidade de conservação, a forma de integração dos munícipes de Niterói com seu novo parque municipal, bem como a forma de integração da comunidade que rodeia o parque afim de criar a consciência de preservação ambiental e garantir a maior efetividade da recategorização quista pela Prefeitura de Niterói.

Além disso, tem-se que observar a presença de áreas particulares nos limites internos do Parque Natural Municipal da Água Escondida e deve se materializar na forma mais rápida possível as desapropriações dessas áreas. Apesar de como se viu anteriormente não existir nenhum prazo que determine as desapropriações e inclusive existirem alguns parques que estas nunca foram concretizadas, essa gestão deve primar pelo respeito aos moradores locais e efetivar o pagamento das indenizações.

O cumprimento de todos os requisitos, mesmo aqueles que não tenham prazo efetivo pra cumprimento colaboram na aceitação do Parque (Unidade de conservação) pela população, uma vez que existe o sentimento de respeito dos gestores com os geridos. Portanto, a rápida concretização do projeto de lei, do plano de manejo para a área e o pagamento das indenizações só tem a beneficiar a conservação da região.

Por fim, com a análise do processo administrativo que deu ensejo a recategorização pretendida ficou evidente o cuidado e a diligência do setor de áreas verdes da Secretária do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Sustentabilidade de Niterói no cumprimento da exigências legais, em participar a população da cidade e local das necessárias alterações à vista da preservação da área do futuro Parque Natural Municipal da Água Escondida.

No processo ainda foi identificado a participação dos vereadores do município, os representantes eleitos da população, da Ordem dos Advogados do Brasil seccional de Niterói e das associações de moradores das regiões atingidas.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018.
- ANTUNES, P.B. *Direito Ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.
- _____. *Decreto Municipal nº 11.744/14*. Cria e Amplia unidades de conservação da categoria de proteção integral. 2014. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/decreto/2014/1174/11744/decreto-n-11744-2014-cria-o-programa-niteroi-mais-verde-parque-municipal-de-niteroi-parnit-e-o-sistema-municipal-de-areas-de-protecao-ambiental-simapa-e-das-outras-providencias.html>> Acesso em: 14 ago. 2019.
- _____. *Estatuto da Cidade*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 14 ago. 2019.
- _____. *Lei de Licitações*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 14 ago. 2019.
- _____. *Lei Federal nº 4771/65*. Código Florestal, 1965. Brasília. Distrito Federal. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- _____. *Lei Federal nº 6938/81*. Política Nacional de Meio Ambiente, 1981. Brasília. Distrito Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.
- _____. *Lei Federal nº 9985/00*. Sistema Nacional de Unidades de Conservação, 2000. Brasília. Distrito Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9985-18-julho-2000-359708-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em: 06 ago. 2019.
- _____. *Lei Municipal nº 2602/08*. Cria o Código Municipal de Meio Ambiente de Niterói.

2008. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2008/260/2602/lei-ordinaria-n-2602-2008-institui-o-codigo-municipal-ambiental-de-niteroi-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 06 ago. 2019.

_____. *Lei Municipal* nº 3385/2019. Aprova a política de desenvolvimento Urbano do Município de Niterói e institui o Plano Diretor de Niterói. 2019. Disponível em: http://pgm.niteroi.rj.gov.br/legislacao_pmnn/2019/Leis/Lei%203385%20Plano%20Diretor.pdf. Acesso em: 06 ago. 2019.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio. *Sinopses para concursos*. v.44. Direito urbanístico. 4. ed. revista, ampliada e atualizada; Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen e Método, 2018.

SANTOS, Carvalho Filho José dos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.