

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DO  
MEIO AMBIENTE**

**Dra. Isabella Teixeira**

**PROCESSO Nº 02000.002082/2005-75**

**Tema: Proposta de Resolução que dispõe sobre: “Restauração e Recuperação de áreas de Preservação Permanente”.**

Interessado: PLENÁRIO DO CONAMA

Interessado: Câmara Técnica de Gestão Territorial e Biomas

**INSTITUTO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO  
AMBIENTAL – PROAM**, por seu representante, tendo em vista os termos da Portaria MMA nº 168/2003, que dispõe sobre o Regimento Interno do Conselho Nacional do Meio Ambiente, em especial os artigos 10, 11 e 12, bem como o *pedido de vistas formulado de acordo com o artigo 13, incisos II e III; parágrafos 1º e 2º e artigo 16, parágrafos 1º e 4º*, vem, respeitosamente à presença de **VOSSA EXCELÊNCIA**, expor e requerer o quanto segue.

**RESUMO DOS FATOS**

A partir da análise do Processo Administrativo em epígrafe, que trata de proposta para a edição de Resolução do CONAMA relativa implementação de metodologias que visem a *(restauração) e recuperação de Áreas de Preservação Permanente - APPs*, em especial no que tange às *áreas que podem vir a ser*

enquadradas como sendo de INTERESSE SOCIAL - a partir da definição contida no Código Florestal, nos termos do inciso V, do parágrafo 2º do artigo 1º -adiante serão aduzidas observações com o objetivo de buscar o retorno da proposta de resolução às câmaras técnicas de origem, haja vista a necessidade de corrigir potenciais ilegalidades e inconstitucionalidades existentes na proposta. <sup>1</sup>

Isto porque foram observados vícios que têm o condão de, dada sua relevância, inquinar de nulidade parte da proposta de resolução, tal qual será oportunamente observado.

Conceitual ou juridicamente, ainda que possa ter ocorrido o controle da legalidade e da constitucionalidade pela Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos - CTAJ, decerto que referido controle se fez (e não raro se faz) com a preponderância de textos propostos por câmaras técnicas, não sendo possível, por vezes, se imiscuir em matérias consideradas de mérito, que no mais das vezes podem trazer foco político, o que não é nem incomum nem tampouco incorreto quando se leva em conta a natureza do Órgão Colegiado (CONAMA). <sup>2</sup>

Este fato de deve à própria dinâmica de trabalhos realizados, uma vez que o processo administrativo deflagrado em 2005, somente contou com a atuação da CTAJ a partir de intervenções ocorridas no ano de 2009, quando a proposta original já havia sido alterada de modo substancial, apresentando texto cujo teor, em parte, padece de vícios que ofendem diretamente algumas normas positivadas em no ordenamento jurídico pátrio.

Entretanto, ainda que não seja incomum e incorreto este tipo de controle, já que - ***em tese - não deve a CTAJ se imiscuir no mérito das opções feitas pelas Câmaras Técnicas***, o fato é que do jeito em que ora se encontra a proposta de resolução, existem defeitos de substância e de forma que podem –e devem – ser corrigidos,

---

<sup>1</sup> A proposta objeto deste parecer está indicada no sítio do CONAMA acessado em 01/07/10 [http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/2C89FB65/PropResolRecRestAPP\\_Vlimpa\\_05e06mai101.p  
df](http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/2C89FB65/PropResolRecRestAPP_Vlimpa_05e06mai101.pdf)

<sup>2</sup> Parte-se do pressuposto de que o controle de constitucionalidade de órgãos colegiados que possuem atribuição de editar normas sobre determinados temas de sua competência, se faz normalmente com o caráter político, haja vista a composição do Colegiado e própria dinâmica assumidas em suas atividades regulares.

em especial sob o foco jurídico: pena de ilegalidade e inconstitucionalidade.<sup>3</sup> Eventuais antinomias, não custa repetir, caso de fato ocorram, podem ter por resultado, ou a nulidade, ou anulabilidade – total ou parcial – das normas que ofendem o ordenamento, e seus efeitos.

Adiante, pois, serão apontados os aspectos examinados em relação aos quais se observaram questões que merecem reparo, não sem antes fazer um pequeno apanhado histórico que permita a compreensão do raciocínio desenvolvido. Vale adiantar que há problemas de natureza jurídica formal e material, que serão devidamente evidenciados.

## **ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES**

Não se pretende no presente tópico realizar um esboço histórico, mas tão somente apontar alguns tópicos relevantes, em especial no que tange suas origens e a alguns pontos controvertidos que estabelecem o pano de fundo das discussões sob os aspectos técnicos relativos aos possíveis usos ou não das Áreas de Preservação Permanente - APPs. Esta opção decorre do expressivo volume de documentos e propostas que fazem parte do PA **02000.002082/2005-75**, que possui vários volumes.

Desde logo se percebe que o tema das áreas de preservação permanente já era objeto de discussões antes mesmo da instauração do presente PA 2082/05, tanto que por ocasião da 73ª Reunião Plenária do CONAMA foi deliberada de realização de seminários temáticos sobre o tema versado na proposta de resolução em comento, além de outros temas de especial importância, alguns correlatos.

A par das polêmicas inerentes ao tema, que é por demais candente (o tema está na ordem do dia)<sup>4</sup>, pode-se indicar como focos essenciais das discussões e posicionamentos, os tópicos relacionados nas manifestações contidas às fls.

---

<sup>3</sup> Aqui, neste tópico, não se vai discutir em pormenores as repercussões da edição de normas infra-legais no que tange à ótica de posicionamentos jurisprudenciais. Ofensas à legislações infraconstitucionais e à própria Constituição serão abordadas em tema próprio.

<sup>4</sup> Criou-se uma grande expectativa em torno dos esforços de grupos de interesse que acionaram o Deputado Federal Aldo Rebelo para reformar a Lei 4771/65 no intuito de flexibilizar as possibilidades de usos das APPs e Reservas Legais, bem como de anistiar degradadores que não cumpriram com as obrigações de manter, restaurar e recuperar referidas áreas ao longo do tempo.

16 a 23, que reputa-se de lavra do Sr. JOÃO SEBASTIÃO PRADO e os pontos indicados pela FEPAM <sup>5</sup>, em manifestação sob a forma de Informação Técnica de lavra do Sr. AMO LEANDRO KAYSER e das Sras. ROSANE VERA MARQUES e MARTA ELIZABETH VALIM LABRES (fls. 24 a 27).<sup>6</sup>

Aquele demonstrando visão propensa ao aproveitamento das APPs para a produção agroflorestal de formas diversas e estes firmando posição na necessidade de preservação, restauração e recuperação das APPs em razão de sua importância ecológica. Os primeiros argumental a necessidade de alterações na lei para o fim de permitir o uso das APPs sob o fundamento de *sensibilizar o pequeno agricultor a respeitar a lei, vez que não o faria por questões de sobrevivência.* Os demais, salientando a absoluta importância das APPs sob os aspectos ecológicos e dos serviços ambientais que asseguram de um modo geral a toda a coletividade.

Basicamente e em apertada síntese, esta é a celeuma causada pelo tema e que possui repercussões intensas no dia a dia daqueles que lidam, não raro em posição de antagonismo, com o uso e a proteção de referidas áreas.

Indo além, também é importante *consignar que o MMA, a partir da Nota Técnica n.º 165 GRRAD/DIFLOR manifestou concordância com a possibilidade de “recuperação” de APPs com uso de Sistemas Agroflorestais – SAF, o que se verifica às fls. 28.*

Da mesma forma a *Rede de ONGS da Mata Atlântica colacionou MOÇÃO na qual “solicita discussão mais ampla e participativa, junto ao CONAMA sobre uma resolução que permita que os agricultores familiares, (...) possam recuperar estas áreas, quando desprovidas de vegetação nativa florestal, através da implantação de sistemas agroflorestais diversificados, cujo manejo não descaracterize, em nenhum momento, a cobertura florestal da área, sendo vedado o uso de adubos químicos e agrotóxicos, com mecanismos de incentivo ao produtor, para atrair o*

---

<sup>5</sup> FEPAM – Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luis Roessler, do Rio Grande do Sul

<sup>6</sup> Importa consignar que a numeração dos documentos e atos processuais apresenta uma série de discrepâncias, o que pode trazer alguns problemas para localização dos mesmos, merecendo, por óbvio, atenção redobrada dos que venham a compulsar os autos.

*interesse na recuperação, cumprindo então o Código Florestal e contribuindo para a composição de corredores ecológicos”. (fls. 29).<sup>7</sup>*

Em continuidade, importa consignar que às fls. 129 a 139 indica-se a **Versão 1 com emendas** da proposta de resolução, na qual se pode verificar nos “CONSIDERANDA”, a repetição da introdução da Resolução CONAMA 369/2006 que continha 15 importantes tópicos a serem considerados, vários de natureza normativa e outros tantos de cunho técnico a explicitar a importância das APPs como espaços especialmente protegidos com funções ecológicas essenciais e estratégicas.

Referida **Versão 1** trazia, também, importantes conceitos que obviamente guardavam relação direta com o proposta inicial da Resolução, evidenciando os conceitos de restauração e recuperação; espécie invasora e espécie exótica; sucessão secundária, pequena propriedade rural; paisagem e conectividade de paisagem; dentre outras. Não trazia, certamente, a definição de Sistemas Agroflorestais – SAF.

Trazia, igualmente, temas ligados à priorização de recuperação e restauração, compulsoriedade de restaurações e recuperações, níveis de diversidade biológica, caracterização de solos, etc..

A **Versão 2 com emendas (fls. 154 a 166)** não trouxe **alterações significativas**. Nesta versão passou-se a discutir a incidência ou não da obrigatoriedade de recuperação de APPs anteriores ao Código Florestal, apresentando-se a partir daí uma derivação do foco principal da proposta, qual seja a restauração e recuperação das APPs.

Já na **Versão 3 com emendas (fls. 193 a 203)**, passou-se a transfigurar a essência na proposta. Iniciou-se um forte movimento para retirar-se da mesma a restauração das APPs, inserindo-se na mesma os incisos IV e V ao artigo 1º, com foco especial na inserção da possibilidade de recuperação associada a Sistemas Agroflorestais nas pequenas propriedade rurais, sem menção a qualquer lei neste sentido.

---

<sup>7</sup> Todos estes documentos se encontram no Volume 1 do processo eletrônico.

A **Versão 6 com emendas (fls. 289 a 300)** traz modificações importantes, em especial quanto à modificação dos “CONSIDERANDA”, prevendo-se: a supressão de alguns tópicos, bem como de alguns artigos, inclusive o art. 1º; a indicação de linha de corte temporal relativa à ocupação de APPs; a inclusão da definição de reabilitação de área e a retomada da definição de restauração e o acréscimo de mais alguns artigos que cujo teor não será objeto de análise nesta oportunidade.

Logo em seguida, opor meio do Memorando nº. 618/2008/SBF/MMA, datado de 04/12/2008, de lavra da **Sra. Secretária Maria Celícia Wey de Brito**, foi apresentada uma nova proposta de resolução, **na qual se retirou da proposta, a definição de restauração constante do art. 1º das demais versões apresentadas, assim como todos os artigos que tratavam do tema nas versões anteriores.**

Cumpré notar que referido Memorando apresenta como justificativa a melhoria da proposta e sua adequação à legislação ambiental, em especial para liberar os proprietários ou detentores de imóveis que se dispusessem a recuperar as APPs, de obrigações relativas ao licenciamento ambiental. Vale dizer, **não se apresentou qualquer justificativa para a exclusão da restauração, o que causa grande espécie.**

A menção mais próxima relativa ao tema se encontra na versão imediatamente anterior (versão 6 limpa), às fls. 305, na qual consta tópico apartado em que se lê que **“restauração” se trata de termo não aceito pelo MMA**, sem maiores justificativas.<sup>8</sup> Houve, pois, supressão integral dos arts. 4º e 5º do Capítulo III da última versão discutida, lembrando que em todas as demais, se mantinha a restauração como forma recomposição das APPs. Outros artigos correlatos foram suprimidos.

A versão seguinte (fls. 321 a 333), de número 7, com emendas, já traz a proposta de supressão do termo restauração.

A SBF/MMA, em 18/02/2009, apresentou uma da nova versão de sua proposta, como se pode observar às fls. 344/348, bem mais enxuta que as

---

<sup>8</sup> Vale evidenciar que referido termo é definido na Lei 9985/2000, art. 2º, inciso XIV e seguramente se presta ao intuito do legislador no sentido de manter a proteção das APPs, dadas suas especiais funções ecológicas.

versões até então discutidas pelo GT. Decerto que retirou, mais uma vez a possibilidade de restauração de APPs, mantendo apenas a possibilidade de recuperação, insistindo na utilização de Sistemas Agroflorestais (art. 7º, Capítulo 5), como forma de “recuperá-las”.

Em continuidade foram elaboradas as Versões 8 com emendas e a Versão 8 limpa (fls. 373 a 376), sendo esta última encaminhada à diretoria do CONAMA para providências, após a proposição de emendas modificativas pelo próprio MMA, conforme se verifica do Memorando nº 244/2009/SBF/MMA de 15 de maio de 2009 (fls. 378) e da proposta de fls. (às fls. 379/384 e 385 à 396), cujo teor apresentava modificações importantes.

Sobre esta versão foram feitas novas alterações, consolidando-se proposta de resolução cuja versão limpa decorrente da reunião do GT da 21º CT Gestão Territorial e Biomas de 20 e 21/08/2009 (fls. 420 a 422), bastante enxuta e sem a alternativa da restauração em pauta, foi encaminhada à Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos – CTAJ, para análise na 54ª Reunião desta Câmara, convocada conforme Ofício-Circular 154/2009/DCONAMA/SECEX/MMA (fls. 423)

A CTAJ, por sua vez, de posse da versão que lhe fora encaminhada, decerto que, a rigor, impossibilitada de opinar sobre o mérito, realizou seus trabalhos, tecendo considerações que culminaram com o retorno da versão à Câmara Técnica de origem. Todavia destaca-se que a CTAJ sugeriu a exclusão dos CONSIDERANDA, aprimorou a redação de alguns dispositivos e reordenou outros, consignando suas sugestões às fls. 434/435.

A última versão a que se teve acesso consta das fls. finais do Volume III do processo administrativo virtual, decorrente dos trabalhos da reunião da 57ª reunião de trabalho da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos – CTAJ, de 05 e 06 de junho de 2010, a partir de novas alterações propostas na 24ª Reunião de Trabalho de 08 e 09 de abril de 2010, realizada pela Câmara Técnica Gestão Territorial e de Biomas. Nesta reunião da CTAJ, algumas correções de redação foram realizadas, todavia, nada de substancial foi alterado.

Vale dizer que a CTAJ colaborou apenas a partir de versões substancialmente modificadas em relação à *proposta original, que contemplava a possibilidade de restauração de APPs dispondo sobre este processo (de restauração), assim como sobre questões relacionadas com o uso agrícola das APPs*. Cumpre destacar, portanto, que a análise da CTAJ se deu somente após alterações significativas acerca de temas cuja relevância para a proteção das APPs é inafastável, seja sob aspectos ambientais seja sob aspectos jurídicos. Logo, como mencionado alhures, prevaleceram aspectos políticos sobre os aspectos jurídicos, havendo pouca margem de atuação para a CTAJ.

Este o resumo dos atos e fatos processuais de maior interesse, considerando o volume de trabalho e o longo período de tempo em que se desenvolveram, outros aspectos foram tratados, todavia estes dois são os pontos focais a serem tratados no presente trabalho, visto que em nosso sentir, são essenciais para se assegurar a legalidade e a constitucionalidade da proposta de resolução.

## COLOCAÇÃO DO TEMA

A preocupação com a preservação, restauração e recuperação de Áreas de Preservação Permanente – APPs, não é nova. Ainda hoje e mais do que nunca está na ordem do dia. Trata-se de um daqueles temas que tem por característica polarizar debates e posições, que no mais das vezes são antagônicas e geram polêmicas insuperáveis.

Sua proteção enquanto consideradas espaços especialmente protegidos possui foro constitucional,<sup>9</sup> nos termos do art. 225, § 1º, incisos III e VII da Constituição Federal, que assim dispõem:

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.

---

<sup>9</sup> Além da proteção constitucional existe um arcabouço de proteção legal estabelecido por meio da edição de diversas normas, sejam elas federais, estaduais e até mesmo municipais. Se destacam as Leis federais 4771/65, 6938/81, 7754/89, 9605/98, dentre outras.



§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(todos grifos nossos)

O acirramento acerca do tratamento e das possibilidades de uso das APPs, espécie de espaços especialmente protegidos,<sup>10</sup> decorre da diferença entre os interesses daqueles que delas fazem uso – ou querem fazer – e dos que pretendem sua preservação, restauração e recuperação. Os primeiros vêem a proteção das APPs como intervenção direta nos direitos de propriedade e impedimento de seu uso, enquanto os demais, enxergam na proteção referida, a necessidade de atendimento de preceitos constitucionais relativos à sustentabilidade e em prol do bem comum e do interesse público ambiental, considerando as necessidades das gerações atuais e das futuras.<sup>11</sup>

Como dito, por trás destes interesses – díspares - estão aspectos importantes da organização da sociedade e do Estado brasileiro. Este último, por sua vez, está estruturado por valores e normas (princípios e regras),<sup>12</sup> postas e

---

<sup>10</sup> Para o texto utiliza-se a expressão espaços especialmente protegidos como gênero do qual também fazem parte, além das APPs, as reservas legais, unidades de conservação, zonas de amortecimento, florestas protetoras de nascentes, etc.

<sup>11</sup> O conflito mencionado pode e deve ser resolvido, sempre que necessário, com base no ordenamento jurídico pátrio, havendo vasta quantidade de valores, princípios e regras que afetam diretamente o exercício dos direitos de propriedade. A própria Carta Constitucional traz nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, 170, incisos I e VI, 186 e 225, normas que devem ser consultada e até mesmo sopesadas a fim de haja objetiva a ideal compreensão. De igual forma, outras normas de caráter infraconstitucional tratam do tema e devem ser observadas à luz da Constituição. Mais adiante serão tecidas considerações sobre a correta interpretação e aplicação do ordenamento jurídico pátrio.

<sup>12</sup> Neste trabalho, as regras abrangem as leis em sentido lato, ou seja, a Constituição (que é uma lei) e aquelas inscritas no art. 59 da Carta Maior, bem como outras, sobremaneira aquelas de caráter infra-legal, tais como decretos, resoluções, portarias, instruções normativas, deliberações, etc.. Importante consignar desde logo existência de uma hierarquia própria do sistema ou ordenamento jurídico, com o que, matérias relegadas ao Poder Legislativo, ainda que por meio de delegação a órgão do Poder Executivo, não autorizam que este edite a norma como se lei fosse, criando direitos e obrigações. Muito ao contrário: a delegação pressupõe limites ao exercício das prerrogativas conferidas nos exatos contornos propostos pela Lei.

pressupostas,<sup>13</sup> que vinculam não só o povo brasileiro (e os residentes no país, art. 5º da CF), como as autoridades constituídas, a partir do estabelecimento do que se convencionou chamar de Contrato Social, materializado por um ordenamento jurídico,<sup>14</sup> que tem como norma-fonte e principal, estruturante da linha mestra da organização do Estado brasileiro, a Constituição Federal.

Trata-se, pois, o Contrato Social de um conjunto de valores e normas, dentre as quais destacam-se os princípios e regras, Sem a pretensão de adentrar temas espinhosos e típicos da organização do Estado brasileiro, considerando o escopo e os limites deste trabalho, dois aspectos de grande importância devem ser abordados para melhor elucidar a tese defendida, quais sejam: **(A)** a separação funcional e estrutural das atividades do Poder estatal e **(B)** a distribuição de competências realizada pela Constituição Federal aos entes federativos.

Antes de tratar destes temas, cumpre ressaltar que o Estado brasileiro se define nos termos do art. 1º da Constituição, e os poderes estabelecidos estão previstos no art. 2º, *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição.

---

<sup>13</sup> Sobre os conceitos e características do Direito Posto e do Direito Pressuposto, assim como valores e normas (princípios e regras) estruturantes do ordenamento jurídico, remete-se o leitor aos trabalhos de Eros Roberto Grau e Clèmerson Merlin Clève citados na bibliografia anexa. Apenas a título de antecipação, cumpre destacar, em linhas gerais, que o direito posto é aquele positivado por normas que passam a integrar o ordenamento jurídico, ao passo que o direito pressuposto se constitui de valores e normas que não necessariamente estão positivados, mas fazem parte do Contrato Social, sendo aceitas pelo senso comum e que por isso mesmo possuem valor central, inclusive de tal monta que se prestam a orientar relações e decisões ocorridas nos diferentes estratos e instituições da sociedade. O Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, por exemplo, é um valor aceito pela sociedade, que e consubstanciou num importante princípio estruturante do Estado brasileiro.

<sup>14</sup> O trabalho orienta-se pelas atuais doutrinas do Direito que consideram princípios e regras como espécie do gênero norma, tendo aqueles (os princípios) valoração superior sobre estas (as regras). Sobre o tema consultar BONAVIDES, 2007, capítulo 8.

Art. 2º São Poderes da União, *independentes e harmônicos entre si*,<sup>15</sup> *o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. (Grifos nossos)

Desde logo se percebe que a República Federativa do Brasil é formada por uma federação composta pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, todos integrantes da organização estrutural do Estado brasileiro, recebendo parcela de competência (poder) para a consecução dos fins estabelecidos pela própria Constituição Federal, agindo em cooperação. <sup>16</sup>Além desta estruturação específica, que trata dos entes federativos, existe a divisão funcional do poder em órgãos especializados nos quais preponderam as funções de legislar, administrar e garantir a correta aplicação do ordenamento jurídico.

Mais: trata-se de um Estado Democrático de Direito. Esta expressão significa que o Estado, além de produzir normas, está sujeito às próprias normas por ele produzidas, não podendo usurpá-las sob pena de excessos que redundam em desvio de poder e/ou de finalidade, estando, também, preso aos princípios constitucionais positivados, especialmente aqueles indicados, exemplificativamente, no art. 37 da Carta Política. Numa palavra: se está falando do Princípio da Legalidade, que permeia todo o ordenamento jurídico e interessa de perto ao Direito Constitucional, como também ao Direito Ambiental e Administrativo.

### **(A) SEPARAÇÃO FUNCIONAL e ESTRUTURAL DO PODER PÚBLICO**

Como cediço, todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido (art. 1º, § único da Constituição). Esta assertiva decorre de uma construção da história recente, considerando a organização social humana ao longo do

---

<sup>15</sup> Para uma visão abrangente acerca do da federação brasileira e a repartição de competências, inclusive na será ambiental, vale importante consultar FARIAS, Paulo José Leite, Competência federativa e proteção ambiental, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999 e SILVEIRA, Patricia Azevedo da, Competência Ambiental, ed. Juruá, Curitiba, 2003

<sup>16</sup> A forma de governo republicana adotada pelo Brasil, que tem como forma de estado a federação contempla o princípio democrático, pelo qual todo poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente. Nos Conselhos, tal qual o CONAMA, surgem formas de participação direta da sociedade civil, ainda que não haja perfeito equilíbrio de forças, o que redundam, não raro, em graves problemas de legalidade e constitucionalidade de normas, haja vista a força de grupos de interesse.

tempo. Remonta à criação das bases do chamado Estado Moderno do século XVIII, de índole burguesa (também chamado de Estado Liberal), tendo pouco mais de dois séculos de história. Como a história está em constante mutação, em processo, as bases do Estado Moderno (ou Liberal) foram sendo alteradas paulatinamente, com maior ou menor ênfase, a depender do grau politização e estruturação das forças sociais, até se chegar no período em que se instalaram os chamados Estados Sociais, que visavam corrigir distorções que apresentaram ao longo da evolução histórica do Estado Moderno.<sup>17</sup>

Interesse consignar que a estruturação do Estado Moderno, aprimorada pelo Estado Social, seguiu essencialmente fórmulas políticas debatidas no chamado “Século das Luzes”, no qual foi estabelecido um modelo<sup>18</sup> que pretendia separar as funções essenciais do poder, evitando seu acúmulo nas mãos de uma só pessoa ou de um pequeno grupo de pessoas. Com isso, as funções essenciais do poder foram segmentadas em função legislativa, função executiva ou administrativa e função judicante, às quais correspondem, no sentir comum, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual exercitando uma parcela especializada das atribuições do poder.

Como não interessa aprofundar neste instigante tema, cumpre destacar que tanto no período inicial do Estado Moderno quanto no período de estruturação do Estado Social, não ocorreram alterações significativas quanto à divisão funcional do exercício do poder.<sup>19</sup> Assim sendo, a par de ser considerado uno, o poder se estrutura por meio de diferentes órgãos que se especializam em determinadas funções, quais sejam: Legislativa, Executiva/Administrativa e Judiciária.

## **SEPARAÇÃO FUNCIONAL**

Portanto, sob o aspecto funcional, a maioria dos Estados nacionais da atualidade, adotam como característica, a repartição funcional do poder em órgãos especializados, **LEGISLATIVO, EXECUTIVO/ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e**

---

<sup>17</sup> Remete-se o leitor às obras de LEITE e SILVEIRA já citadas como forma de compreender o alcance das mudanças ocorridas.

<sup>18</sup> Vários foram os teóricos que propuseram fórmulas para estruturação da nova organização político-social, destacando-se Montesquieu, Locke, dentre outros.

<sup>19</sup> Com o tempo, diversas foram as distorções havidas que, a par de ensejarem até mesmo a deflagração de Guerras Mundiais, ensejaram a substituição de alguns dos paradigmas anteriores. Surgiram os Estados Sociais, grupo ao qual o Estado brasileiro se filiou com ênfase a partir da Constituição de 1998, deixando simplesmente de assegurar direitos fundamentais primários, a fim de prestá-los de forma expandida.

JUDICIÁRIO. Cumpre destacar que, muito embora da qual possua estruturação e órgãos especializados em suas funções precípua (legislar, administrar e julgar), uns e outros podem em algum momento exercer outras funções específicas típicas dos demais.

Tanto assim é que mesmo sendo a função precípua do LEGISLATIVO<sup>20</sup> fazer leis, secundada pela fiscalização das atividades do EXECUTIVO,<sup>21</sup> o mesmo administra suas próprias contas e atividades e até mesmo julga, fazendo uso de processos administrativos. Já o EXECUTIVO, que tem por função essencial administrar, dada a complexidade das sociedades atuais, cada vez mais realiza atos de natureza normativa, que chamaremos de próprios e impróprios, nos interessando estes últimos. Logo, de forma imprópria, é cada vez mais comum a Administração Pública editar normas, inclusive com elevado nível de generalidade e abstração, assemelhando-se com leis (em sentido estrito). Ao JUDICIÁRIO,<sup>22</sup> por seu turno, é reservada a função essencial de garantir o cumprimento do ordenamento jurídico (valores e normas), toda vez que é instado a fazê-lo (atividade jurisdicional), inclusive controlando os próprios atos do Estado (art. 1º da CF).

## SEPARAÇÃO ESTRUTURAL

A separação estrutural a que nos referimos é aquela prevista no art. 1º da Constituição, em que são descritos os entes políticos que compõem o Estado brasileiro, ou seja, União, estados-membros e Distrito Federal e municípios. Cada um destes entes políticos representa uma fração da divisão político-administrativa do país, possuindo esferas de atuação de abrangência nacional (União), regional (estados e DF) e local (municípios), em relação as quais se confere competências distintas.

Suas atividades estão reguladas pela Constituição e o âmbito de sua atuação, igualmente está por ela delimitado. Importante ressaltar que cada ente federado, por meio de seus órgãos e agentes,<sup>23</sup> à exceção da função jurisdicional, possui um

---

<sup>20</sup> Constituição Federal arts. 44 a 75.

<sup>21</sup> Constituição Federal arts. 76 a 91

<sup>22</sup> Constituição Federal arts. 92 a 126

<sup>23</sup> Cumpre destacar que as definições jurídicas de órgãos e agentes públicos são distintas. Para ARAÚJO, órgão “é um centro ou unidade de competências governamentais ou administrativas para o desempenho das funções estatais, através de seus agentes. (...) Há órgãos de várias espécies, conforme o critério que se utilize para classificá-los: deliberativos, consultivos, executivos, técnicos, administrativos, políticos, financeiros, jurídicos, etc. (ARAÚJO, 2007:127/128)

Legislativo e um Executivo, que é o que interessa ao trabalho. Isto porque se está questionando justamente a licitude da proposta de resolução que, em nosso sentir, extrapola o poder normativo do Executivo e invade ilicitamente a esfera do Legislativo.

Se é certo que - como nos mostra o senso comum - as sociedades de hoje possuem dinamismo e complexidade próprios, também é certo que a separação funcional do poder está a exigir uma crescente densidade de atuação da Administração Pública (Executivo).<sup>24</sup> Assim, a atividade normativa que é na essência atribuída ao Legislativo, passou a fazer parte da demanda do Executivo que, para administrar, não só é instado a realizar as tarefas de execução legalmente atribuídas (típicas de administração), como também é chamado, cada vez mais, a normatizar (regulamentar) uma série de situações que exigem sua atuação. Realiza, pois, atos típicos de administração (que chamaremos de próprios) e atos que a princípio deveriam ser atribuídos a outros órgãos de poder legiferante (do Legislativo).

Numa palavra: a Administração Pública passou a instituir regras (leis em sentido lato), todas obviamente de caráter infralegal e, por conseguinte, infraconstitucional. Este tema será melhor desenvolvido a seguir, todavia, desde logo cabe antecipar que a *“função normativa da Administração” decorre de necessária delegação legislativa (constitucional ou legal), limitada, pois, à regulamentação/ou complementação do disposto em Lei (emanada do Legislativo), não podendo o ato normativo delegado (lei em sentido lato), inovar no mundo jurídico.*

## (B) DA DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

No que tange às competências <sup>25</sup> de uns e de outros entes federados - ou poderes públicos constituídos - a própria Constituição as define, interessando em especial tratar da competência na seara ambiental. A partir de algumas observações singelas, será possível avançar no sentido de indicar os pontos da proposta de

---

<sup>24</sup> Serão utilizadas como sinônimas as expressões Poder Executivo e Administração Pública, “... máquina administrativa do Estado, seus órgãos e agentes”. (ARAÚJO, 2007:127)

<sup>25</sup> O tema da Competência é extremamente complexo, interessando ao trabalho, de acordo com a proposta de resolução, a competência normativa ambiental partilhada entre os poderes Legislativo e Executivo, em especial os da União, visto que se está tratando de delegação de competência de um poder para outro. Vale dizer, no caso em tela, do Legislativo ao Executivo, mais precisamente ao CONAMA.

resolução que devem ser revistos sob pena de desvio de finalidade que pode acarretar prováveis repercussões jurídicas do controle externo da legalidade e constitucionalidade da mesma.

Para os fins deste parecer, **entendemos por competência legislativa** <sup>26</sup> “a parcela de poder conferida pela Constituição Federal a um dos entes federados, estendida, inclusive, para alguns de seus órgãos, para que possam atuar e elaborar normas de efeito interno e externo sobre assuntos determinados”. Esta definição de nossa lavra e ora elaborada, longe de indicar o pensamento unânime da doutrina, tem por objetivo adaptá-la às considerações adiante aduzidas, e que contemplam a um só tempo as hipóteses de edição de normas pelos entes federados (art. 1º da Constituição, ou seja, União, estados federados, município e Distrito Federal) e pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da Constituição).

## **NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E NORMAS INFRALEGAIS**

A palavra norma aqui adotada quer significar leis tanto em sentido estrito (aqui lei ordinária por excelência), quanto em sentido lato (normas infralegais). Aquelas, de caráter infraconstitucional preenchidas pelo rol exaustivo previsto no art. 59 da Magna Carta <sup>27</sup> e estas, de caráter infralegal, podendo variar em nomenclatura e conteúdo (regulamentos, regimentos, deliberações, resoluções, como se verá adiante), comportando, portanto, diferentes definições e alcance. Cumpre destacar que será objeto de comentário, a atividade normativa do Executivo quanto aos atos normativos - gerais e abstratos - de efeitos externos, que atingem à totalidade dos administrados ou a um grupo determinado destes.

Os traços essenciais que delimitam o manejo destes atos normativos infralegais, gerais, abstratos e de efeitos externos, para os fins deste parecer são os seguintes:

---

<sup>26</sup> Antes, porém, de aprofundar o tema, importa consignar que o a palavra competência é polissêmica, comportando diferentes significados, inclusive sob a ótica do Direito, a exemplo das competências conferidas aos Poderes Legislativo (legislativa), Executivo (administrativa) e Judiciário (judicial), cada qual contendo características próprias.

<sup>27</sup> Referido dispositivo constitucional prevê as seguintes espécies de normas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

- (a) as normas em sentido estrito, em especial a Lei ordinária, instrumento legislativo por excelência posto a alcance das casas parlamentares, vincula a edição de toda e qualquer norma infralegal, inclusive e especialmente aquelas editadas no âmbito da Administração Pública;
- (b) todos os atos normativos emanados da Administração Pública são atos infralegais;
- (c); existe a possibilidade de edição de atos normativos privativos do chefe do Poder Executivo (presidente, governador e prefeito), em especial os decretos que em geral regulamentam leis, bem como de edição de atos por outros órgãos da Administração Pública, de acordo com delegação de competências específicas, a exemplo de atos provenientes de órgãos de ministros e de colegiados;
- (d) toda vez que este tipo de norma é autorizada, encontra limites na lei (em sentido estrito) que a autorizou e em outras Leis específicas que com ela guardam correlação;
- (e) estes atos normativos apesar de vincular administrados, não têm o condão de inovar na ordem jurídica, ou seja, atos infra-legais emanados do Poder Executivo, ainda que haja delegação legislativa, não podem criar direitos ou obrigações e, por conseguinte, afetar aquilo que estabelecido pelas Leis ordinárias; e,
- (f) os atos normativos editados em contrariedade aos limites da delegação e da materialidade encerrada na Lei da qual se originam, ou afetem o campo de abrangência de outra Lei, desafiam o controle de legalidade incidental ou geral.<sup>28</sup>

## **NORMA MATRIZ DAS COMPETÊNCIAS**

A matriz estruturante da repartição das competências é a Constituição Federal. Por se tratar o país de uma federação que deve primar pela harmonia entre os poderes públicos, não existe hierarquia entre as pessoas políticas, que são autônomas (União, estados federados, municípios de cooperação, e distrito Federal).

---

<sup>28</sup> Vide BONAVIDES, SILVA e GRAU citados em diversas oportunidades.



Logo, por não haver hierarquia entre as leis editadas pelos entes federados, é a partir da Constituição que se poderá vislumbrar a validade das normas editadas por cada qual. Esta é a lição que decorre da interpretação dos arts. 1º e 2º da Constituição. No dizer de Hilda de Souza, “*o que as coloca em posição de superioridade ou subalternidade, umas em relação às outras, é a sua espécie e ainda o exercício de competências constitucionalmente atribuídas a cada ente federado*”. (SOUZA, 1998:73)

Complementa a professora asseverando que:

*“Assim é que a Constituição se encontra no vértice da escala hierárquica e a ela devem conforma-se todas as outras espécies legislativas infraconstitucionais, independentemente de serem federais, estaduais ou municipais, não apenas em relação à constituição Federal mas também em relação às constituições estaduais e às leis orgânicas municipais.*

(...)

*A Constituição Federal distribui competências horizontal e verticalmente, às três ordens de poder nos diversos níveis federados e aos entes componentes da federação, respectivamente, de tal modo que no exercício da competência própria União, Estados, Distrito Federal e Municípios e Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário tomam iniciativas legislativas, no âmbito de suas competências, e as leis daí eventualmente decorrentes não encontram-se organizadas hierarquicamente*”. (SOUZA, 1998:73/74)

Como o tema é extenso e complexo, entende-se suficiente para este trabalho consignar que o rol das competências legislativas verticais, repartidas entre os referidos entes federativos, estão previstas nos arts. 22, 23, 24, 25 e 30 da Carta Constitucional eixo central da repartição das competências. O art. 22 estabelece competências privativas da União; enquanto que o art. 23 estabelece competências comuns entre todos; o art. 24 estipula as competências concorrentes entre União e estados, aquela

legislando em caráter geral e estes em caráter suplementar; o art. 25 estabelece as competências residuais não exercidas pela União ou pelos municípios em decorrência do art. 30, que trata do interesse local.

## COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, a competência normativa decorre de delimitação constitucional aos entes e órgãos que compõem o Estado brasileiro. Há diversas classificações para as competências que poderiam ser objeto de discussão, mas isso fugiria aos estreitos limites deste trabalho. Vale ressaltar apenas aquilo que interessa, ou seja, que existem limites estabelecidos para a distribuição de competências (constitucionais) e limites estabelecidos para o exercício das competências distribuídas (constitucionais e legais).<sup>29</sup>

Assim como o Legislativo por excelência tem o poder-dever de editar normas em sentido estrito (especialmente as Leis ordinárias), o Executivo, por seu turno, também tem o poder-dever de normas infralegais (leis em sentido lato), o que faz por meio de instrumentos normativos revestido das mais variadas nomenclaturas e formas. Apenas para citar alguns autores que tratam das diferentes espécies atos normas passíveis de edição pela Administração Pública, indicamos ARAÚJO, MUKAI e CLÈVE.

Para Clèmerson Merlin Clève, “*a atividade normativa secundária do Poder Executivo não se limita à edição de regulamentos. A Administração Pública, através de suas autoridades, edita uma série de outros atos normativos, como, por exemplo, as instruções, as circulares, os regimentos, as ordens de serviço e os estatutos*”. (CLÈVE, 1993)

---

<sup>29</sup> Para Guilherme José Purvin de Figueiredo, “As competências em matéria ambiental acham-se arroladas ao longo de diversos dispositivos da Constituição Federal mas, para efeito de análise da questão posta, importa atentar para os arts. 23, VI e VII (competências materiais) e 24, VI, VII e VIII. Da leitura de referidos dispositivos conclui-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no exercício de suas atribuições administrativas, devem proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, além de preservar a fauna e a flora. Sob a perspectiva legislativa, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de, A propriedade no direito ambiental, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 219 e ss

Nada obstante, a existência de limites decorre da necessidade de respeitar aos Princípios da Legalidade e da Reserva de Lei, que serão abordados em seguida, antes de se discorrer sobre as possibilidades de normatização da Administração Pública ambiental.

## **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SOB O FOCO DA SUBMISSÃO DO ESTADO**

Para Hilda de Souza, sob a ótica da previsão constitucional “*O princípio da legalidade consiste, na sua expressão mais simples, na necessidade de lei para atribuir direitos e impor obrigações. Ou, como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, ‘é o princípio específico do Estado de Direito, é o fruto da submissão do Estado à lei’*”. (SOUZA, 1998:35, apud MELLO, 1992:48)

Para José Afonso da Silva “*O Princípio da legalidade é nota essencial do estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. (...) Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido como Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar e tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei*”. (SILVA, 1990:362/363)

Já de acordo com Edmir Netto de Araújo “... *para o Poder Público, mencionado no art. 37, significa que o agente público, as autoridades, a Administração, enfim, só poderão fazer o que a lei determina ou permite expressamente, devendo agir de acordo com a lei e o interesse público, não podendo prevalecer frente a estas decisões e interesses individuais. Este desdobramento do princípio da legalidade é conhecido, em Direito Administrativo, como **princípio da legalidade estrita**, ou **princípio da reestrutividade**: as leis administrativas são de ordem*

*pública, contendo ‘poderes-deveres’ irrelegáveis pelos agentes públicos, que não as podem, portanto, descumprir’*.<sup>30</sup> (grifos nossos e no original)

De qualquer forma, cumpre destacar que a idéia de distribuição de competências normativa, inclusive para a Administração Pública, encerra a impossibilidade de inovação no ordenamento jurídico, vez que somente ao Legislativo é dada esta prerrogativa funcional. José Afonso da Silva aborda o tema e arremata com precisão esta idéias, *verbis*:

*“O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência em ter os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali substanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originalmente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar”*. (SILVA, 1990, 363)

No que tange à possível delegação constitucionalmente prevista, decerto que o instrumento normativo que confere a delegação, o faz com evidentes e inafastáveis limites. Isto porque ao fazê-lo, o Poder Legislativo que detém como prerrogativa funcional (poder-dever) a atribuição de editar Leis (sentido estrito), não pode permitir que sejam criados direitos e obrigações por meio de instrumentos normativos infralegais. Isto decorre (do Princípio) da Reserva Legal existente neste campo. Registre-se a esse respeito os ensinamentos de José Afonso da Silva:

*“É relativa à reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa da lei, sob condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente. Assim é quando a Constituição emprega fórmulas como as seguinte: “nos termos da lei”, “no prazo da lei”, “na forma da lei”, “com*

---

<sup>30</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de, Curso de Direito Administrativo, ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p.51

*base na lei”, “nos limites da lei”, “segundo critérios da lei”. São, em verdade, hipóteses em que a Constituição prevê a prática de ato infra-legal sobre determinada matéria, impondo, no entanto, obediência a requisitos ou condições reservadas à lei. P.Ex., é facultado ao Poder Executivo, por decreto, alterar alíquotas dos impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de crédito etc., atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei(art.153, §1º).”(SILVA, 1990:365)*

Como visto, o Estado Democrático de Direito é focado em especial no Direito Constitucional e do Direito Administrativo. A título de acréscimo, importantes são as lições de Hely Lopes Meirelles, quanto aos Princípios da Legalidade e Finalidade mormente no que tange ao interesse público, inclusive ambiental. Vejamos:

*“A legalidade, como princípio de administração, (...), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito a mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. (p. 78)*

Para o mesmo autor, não pode qualquer (órgão ou) agente público se afastar dos comandos legais e de seu poder-dever de agir em prol do interesse público. Vale destaque o seguinte raciocínio:

*“As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública, e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contem verdadeiros poderes deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os*

*poderes e de cumprir os deveres que a lei lhe impõe. Tais poderes conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo Administrador, sem ofensa ao do bem-comum, que é o supremo e único objetivo de dota a ação administrativa”. (p. 78)*

Ao tratar do Princípio da Impessoalidade, que se confunde com o da Finalidade, ensina que “*o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (...), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal*”. E prossegue:

*“E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que esse apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por desvio de finalidade, que a nossa Lei de Ação Popular conceituou como o ‘fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra da competência’ do agente (...). Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.”*

(MEIRELLES, 1989:78/81)

Fica evidente, a partir destas assertivas, que a Administração Pública no uso de atribuições normativas está vinculada ao disposto na Constituição e na Lei. Vejamos a seguir alguns pontos importantes acerca da Administração Pública federal.

## ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

### AMBIENTAL <sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Nos termos da Constituição, o chefe do Executivo (que ocupa a presidência da república, órgão) é auxiliado por ministros de estados (agentes políticos públicos). A Lei federal 10683/2003 dispõe sobre a organização da presidência e dos ministérios.

A Administração Pública federal (Executivo federal), que compõe a União Federal, é composta por diferentes estruturas e órgãos que realizam suas atribuições de forma direta e indireta. Na forma direta atuam instituições federais (instituições diversas e órgãos) e agentes públicos federais. Na indireta, que não nos interessa neste trabalho, atuam empresas concessionárias e outras formas de organização previstas no ordenamento pátrio.

Interessa a forma direta, mais precisamente aquela exercida pelos órgãos ambientais estatais, componentes da estrutura Poder Público Federal, a exemplo do Ministério do Meio Ambiente - MMA, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA dentre outros.

O Ministério foi criado em 1992, tendo sucedido a Secretaria do Meio Ambiente. Sua área de competência foi estabelecida pela Lei federal 10683/2003, interessando de perto os arts. 25, inciso XV e 27, inciso XV, letras “b”, “c” e “d”, que tratam do tema ora versado.<sup>32</sup> O CONAMA, por sua vez, foi criado e teve sua competência estabelecida, respectivamente, pelos arts. 6º, inciso II e 8º, inciso VII, da Lei 6938/81 – PNMA.

Justamente sobre uso das atribuições legais conferidas ao MMA e ao CONAMA é que devemos dar foco no intuito de indicar as inconsistências da

---

<sup>32</sup> Lei 10683, art. 27, inciso XV - Ministério do Meio Ambiente: b) política de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, e biodiversidade e florestas; c) proposição de estratégias, mecanismos e instrumentos econômicos e sociais para a melhoria da qualidade ambiental e do uso sustentável dos recursos naturais; d) políticas para integração do meio ambiente e produção;

proposta de resolução ora em comento. No que tange ao MMA, vale destacar, por ora, a existência da INMMA 05/2009, que guarda relação com a proposta de utilização das APPs que é veiculada na proposta de resolução ora questionada no que tange à “recuperação de APPs por meio da implementação de projetos que Sistemas Agroflorestais”.

O CONAMA, órgão da Administração Pública federal pertencente ao Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, dentre suas atribuições, pode editar normas, na forma de resoluções (deliberações, arts. 6º e 8º da PNMA).<sup>33</sup>

Nada obstante este fato, já se teve oportunidade de asseverar que:

“a prerrogativa de edição de normas não equivale a um ‘cheque em branco’ para edição de resoluções em desconformidade com os princípios constitucionais e demais normas que eventualmente lhe deleguem o poder-dever de edição de padrões ambientais, repita-se, sempre nos estritos limites da delegação atribuída.”

“A proteção do equilíbrio ecológico e a proteção dos bens ambientais, frise-se, são parte integrante de suas atribuições, ainda que e especialmente quando utiliza-se das prerrogativas decorrentes do artigo 10 de seu Regimento Interno, instituído pela Portaria – MMA nº 168/2005, que informa o seguinte:

---

<sup>33</sup> O mesmo Guilherme Purvin ensina quanto a efetiva possibilidade de regulamentação de padrões ambientais pelo CONAMA que: “As resoluções do CONAMA visam a concretizar a aplicação do Direito Ambiental, cujo ápice é a Constituição Federal – art. 225 e seus incisos e parágrafos. A especificação, nas resoluções 302 e 303 do CONAMA, de determinadas modalidades de áreas de preservação permanente está muito longe de consubstanciar indevida delegação ou atribuição de competência do Congresso Nacional. Trata-se, na verdade, de implementação da vontade do legislador constituinte (art. 225, § 1º, III – definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos), que se encontra albergada em lei ordinária – arts. 2º e 3º da Lei Federal 4.771/65 (Código Florestal). O Código Florestal determina que as florestas e demais formas de vegetação nas áreas nele descritas são de preservação permanente. No entanto, o legislador ordinário deixou de minudenciar, na letra *b* do art. 2º, o significado do termo redor (das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais e artificiais). Seria sua intenção tornar inócua tal dispositivo? É evidente que não! Impõe-se, assim que o CONAMA implemente os comandos constitucional e legal, promovendo a proteção ecológica desses espaços territoriais. Assim foi feito e, nos termos do art. 3º, III *a* e *b*, da Resolução 303/2002, essa área de preservação permanente será de trinta metros para os lagos e lagoas naturais que estejam situados em áreas urbanas consolidadas e de cem metros para aquelas que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d’água com até vinte hectares de superfícies, cuja faixa marginal será de cinquenta metros”. Op. cit, pp. 237/238



Art. 10. A matéria a ser submetida à apreciação do Plenário pode ser apresentada por qualquer conselheiro e constituir-se-á de:

I - resolução: quando se tratar de deliberação vinculada a diretrizes e normas técnicas, critérios e padrões relativos à proteção ambiental e ao uso sustentável dos recursos ambientais;

(grifos nossos)

*Enfim, no âmbito do uso de suas prerrogativas e atribuições, deve o CONAMA propor resolução que atenda aos Princípios do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e da Sustentabilidade, assim como deve atender aos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente e respeitar suas finalidades e atribuições enquanto órgão do SISNAMA e da Administração Pública Ambiental, que tem seus atos vinculados ao Princípio da Legalidade (estrita).*<sup>34</sup>

Com efeito, verificada a absoluta vinculação da Administração Pública à Legalidade e à Reserva da Lei, qualquer de seus atos, (seja a INMMA 05/2009, seja a proposta de resolução) enquanto atos administrativos normativos de natureza infralegal, mesmo que decorram de delegação legislativa, encontram limites quanto a inovar no mundo do Direito. Desrespeitar os limites acarreta usurpação de delegação conferida ao CONAMA por uma Lei federal (lei em sentido estrito), na exata medida em que a proposta de resolução (lei em sentido lato, portanto de caráter infralegal) inova no ordenamento e autoriza o uso indevido das APPs.

## LIMITES FORMAIS

Diante do exposto acima, percebe-se claramente a limitação de forma que impede a Administração Pública de inovar sobre o tema das APPs, criando, pois, implicitamente a possibilidade e sua utilização para implementação de Sistemas Agroflorestais, ainda que sob o argumento de recuperação da cobertura florestal. Não é

<sup>34</sup> Parecer juntado ao processo 02000.000642/2007-19 em 26/06/2009, <http://www.mma.gov.br/port/conama/processo.cfm?processo=02000.000642/2007-19>

outra a leitura que se deve fazer das Leis federais 4771/65 e 6938/81 quando dispõem, respectivamente que:

Lei 4771/65, Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

Art. 18. Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário.

Lei 6938/81, Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de

assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

Art. 8º Compete ao CONAMA:

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

PAULO AFFONSO LEME MACHADO enfrenta o tema asseverando não só que não se é dada a exploração das APPs, como também o de que eventual alteração de conteúdo de sua proteção, somente pode ser dar por meio de lei, o que vem expresso na Constituição Federal (art. 225, §, 1º, III). Vale registro o seguinte trecho de sua lavra:

*“Nem todo território brasileiro está submetido à mesma proteção jurídica. Os que gozarem de uma especial proteção – como os destinados às florestas de preservação permanente e as reservas legais florestais – só poderão ser alterados e suprimidos através de lei. A Constituição não está impedindo totalmente que a lei suprima o altere estes espaços, mas indica procedimento específico para a transformação. Os constituintes manifestaram a vontade do povo brasileiro de que haja maior tempo e maior discussão quando se pretender suprimir ou alterar os espaços protegidos e seus componentes. Deu-se nova dimensão jurídica ao conceito de utilidade das terras revestidas de florestas, já inseridas no art. 1º do Código Florestal de 1965. Vê-se, assim, que esses espaços territoriais não*

*podem ser alterados somente pela vontade do Poder Executivo, seja através de atos dos chefes desses Poderes, como por atos de seus agentes. Decretos, portarias e resoluções administrativas não podem alterar e suprimir espaços protegidos e seus componentes, isto é, a flora e a fauna que estão nesses espaços*".

Mais, o emitente jurista como que num exercício de antecipação de futuros problemas indaga e responde sobre ser ou não possível a utilização das APPs como objeto de exploração econômica. Vejamos:

*“O art. 2º do Código Florestal visa conservar a cobertura vegetal de porte arbóreo ou não, já existente. E se inexistirem essas formas de vegetação ao longo dos rios e cursos d’água, ao redor das lagoas e dos reservatórios, no topo dos morros, montes, montanhas e serras? E se essas formas de vegetação forem consumidas pela doença, por incêndios ou por derrubadas pela ação do homem? Continuariam estas terras com a obrigação de serem destinadas à vegetação de preservação permanente?*

*O art. 18 do Código Florestal ajudará a responder a questão. ‘Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário’. O artigo apontado pressupõe o raciocínio de que incumbe aos proprietários das terras (mesmo públicas) plantarem as florestas ou reflorestarem as áreas de preservação permanente.*

E prossegue:

(...) Na constituição de florestas compreendidas no art. 2º não interveio a discricionabilidade da Administração: são imperativas. Assim, parece-me que há uma obrigação para a Administração de arborizar ou reflorestar as áreas de preservação permanente abrangidas no art. 2º do Código Florestal.

Vale dizer, se a Lei federal 4771/65, com grau de especialidade extremo no que tange à proteção de florestas veda o uso das APPs – vegetadas ou não - de modo algum um ato normativo infralegal, emanado do Executivo pode criar direito de uso das Florestas de Preservação Permanente, assim como não é possível se promover “recuperação” por meio de plantio de vegetação destinada ao aproveitamento econômico da área com reflexos diretos na fauna, flora e, decerto, nas próprias funções típicas das APPs.

Já no que tange à sua utilização, o emérito professor ensina que:

*“As florestas de preservação permanente não podem ser manejadas de forma a sofrerem cortes rasos, pois deixariam de cumprir sua missão específica. Não diria que essas florestas deixam de ter finalidade econômica, por que melhor investimento do que através dessas florestas assegurar-se o bem-estar psíquico, moral, espiritual e físico das populações? Além disso, conservando-se os espécimes da fauna em seu habitat, pode-se mensurar e quantificar economicamente a existência das florestas de preservação permanente.”*

*O espírito do Código Florestal, a sua interpretação teleológica nos leva a afirmar que as florestas de preservação permanente não são suscetíveis de exploração. Alias, essa a correta interpretação do art. 16 do Estatuto Florestal, quando prevê como ressalva para a exploração da floresta de domínio privado o fato de a mesma ser de preservação permanente.*

(MACHADO, 2002:686/693, ressaltando que todos os grifos são nossos)

## LIMITES DE CONTEÚDO

A limitação formal à edição da proposta de resolução do modo em que se encontra, se consubstancia na autorização implícita para o uso de APPs por meio de projetos de florestamento ou reflorestamento que utilizem Sistemas Agroflorestais - SAF <sup>35</sup>, ou seja, uma norma infralegal pretende criar direito implícito de utilização de APPs.

Não bastasse, há vício material, de conteúdo que ofende diretamente normas hierarquicamente superiores, às quais o Direito confere poder de criação de direitos e obrigações e que trazem em seu bojo, valores e finalidades distintas daquelas pretendidas pela proposta de resolução.

Antes de adentrar diretamente no cerne desta questão do conteúdo, cumpre destacar que a Constituição Federal, ao instituir espaços especialmente protegidos, previu uma série de incumbências inerentes às atividades do Poder Público, que informam e sinalizam diretrizes e finalidades para sua atuação. Cabe registro:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e

---

<sup>35</sup> Os Sistemas Agroflorestais estão definidos na proposta de resolução, mais precisamente no inciso IV do art. 2□.

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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O Código Florestal e a Lei 7754/89 também expressam preocupações com espaços especialmente protegidos. Referidas Leis (em sentido estrito) revelam igualmente preocupações específicas com espaços que merecem especial proteção.

O Código Florestal estabelece que a proteção especial conferida às florestas de preservação permanente e das terras que estas revestem, são de interesse comum.<sup>36</sup> Da leitura atenta da Constituição e do Estatuto Florestal, fica claro que as funções das Áreas de Preservação Permanentes não existem por acaso. Estão descritas

---

<sup>36</sup> Interesse comum que corresponde à importância dada aos bens ambientais, que são, na expressão constitucional, *bens de uso comum do povo*. Para a doutrina se trata o bem ambiental de verdadeiro terceiro gênero de bens criados pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao lado dos bens públicos e privados, como bem observa MAZZILI, :

na lei em virtude da relevância de suas funções ecológicas e dos benefícios que asseguram ***e proporcionam para toda a coletividade*** (não apenas para aqueles que delas querem fazer uso).

Além das assertivas de MACHADO, outros doutrinadores reconhecem a mais absoluta importância das Áreas de Preservação Permanente, florestadas ou não. Apenas para citar um, certo é, no dizer de ANTUNES, que o Direito oferece às APPs proteção que indica diversas preocupações decorrentes de suas características e funções ecológicas, as saber:

“(…) a primeira preocupação que se pode observar no texto legal do Código Florestal é com a preservação da vegetação que protege os cursos d’água” (ANTUNES, 1998:245)

E prossegue asseverando tal importância ao indicar que também a Lei 7754/89 protege florestas próximas a nascentes dos rios, asseverando que a resolução 004/85 do CONAMA estabelece no art. 2º, I, II e III, proteção de vegetação sob a forma de reserva ecológica no que tange aos olhos d’água. (ANTUNES, 1998:246)

Na sequência ao tratar da proteção das encostas e elevações estabelece que *“outro aspecto importante que se pode observar na instituição das florestas de preservação permanente pelo só efeito do Código é voltado para a proteção das encostas e das elevações”*. (ANTUNES,1998:247)

Para o autor, *“A finalidade precípua o estabelecimento de flora de preservação permanente nos locais acima mencionados é a de evitar a erosão dos terrenos e a destruição dos solos, preservando a integridade dos acidentes geográficos. Evita-se, igualmente, as enchentes e inundações nos terrenos mais baixos, uma vez que a vegetação ajuda a deixar a água da chuva no solo e funciona como uma verdadeira barreira natural”*. (ANTUNES, 1998:248)

O sistema de proteção do meio ambiente contempla valores, princípios e regras, tal qual já tivemos oportunidade de expor. Justamente da conciliação, interpretação e conjugação dos valores e normas de proteção do meio ambiente é que se



percebe a absoluta inconsistência e incongruência da proposta de resolução o que tange à autorização implícita de manejo de Sistemas Agroflorestais nas APPs. Disso resulta a fragilidade material/substancial contida na proposta de resolução.

Não é demais lembrar que, de acordo com o já explicitado, as regras jurídicas, em caso de antinomia pressupõe que uma delas deixa de ser considerada válida. No caso presente a proposta de resolução, se editada, nascerá com vícios insanáveis, sucumbindo aos ditames da Lei (em sentido estrito).

Ora, ultrapassando o limite estreito da eventual questão da antinomia entre a proposta de resolução e a Lei, que a princípio é uma questão formal, ainda se terá a questão material, na qual o ordenamento jurídico afeito à proteção ambiental impede, no todo, seja pelo *telos*, seja pela estruturação do próprio sistema, que seja possibilitada a utilização das APPs para os fins de recuperação.

Ademais, as possibilidades de utilização de SAF, “*em que plantas lenhosas perenes são manejadas em associação com plantas herbáceas, arbustivas, arbóreas, culturas agrícolas,—e forrageiras, em uma mesma unidade de manejo, de acordo com arranjo espacial e temporal, com diversidade de espécies nativas e interações entre estes componentes*”. (art. 2º, inciso IV da proposta) remetem como visto, ao manejo produtivo de APP, que é vedado pela lei.

Assim, o art. 5º da proposta de resolução implicitamente, nos parágrafos 3º, 4º e 5º, todos abaixo transcritos, indubitavelmente extrapolam o quanto estabelece o ordenamento jurídico pátrio no que tange à limitação de uso das APPs, razão por que deve ser retirada da proposta esta possibilidade que, ao final, decerto servirá para a consolidação de usos nestas áreas em patente prejuízo à biota e às suas funções ecológicas.

Art. 5º A recuperação de APP mediante plantio de espécies nativas ou mediante plantio de espécies nativas conjugado com a condução da regeneração natural de espécies nativas, deve observar, no mínimo, os seguintes requisitos e procedimentos:

§ 3º Nos plantios de espécies nativas, na entrelinha, poderão ser cultivadas espécies herbáceas ou arbustivas exóticas de adubação verde ou cultivos anuais de espécies agrícolas exóticas, até o 5º ano da implantação da atividade de recuperação, como estratégia de manutenção da área em recuperação.

§ 4º Nos casos onde prevaleça a ausência de horizontes férteis do solo, será admitido excepcionalmente o plantio consorciado e temporário de espécies exóticas como pioneiras e indutoras da restauração do ecossistema, limitado a um ciclo da espécie utilizada e ao uso de espécies de comprovada eficiência na indução da regeneração natural.

§ 5º Será admitido, como prática de apoio à recuperação, o plantio consorciado de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas ou outros produtos vegetais, sendo permitida sua utilização.

Pois bem, há informações veiculadas recentemente que demonstram que cerca de 90% das áreas rurais do país possuem espaços especialmente protegidos em situação irregular. Logo, forçoso admitir que a permissão de uso das áreas por meio de Sistemas Agroflorestais vai de encontro com a necessária instrumentalização de mecanismos de recuperação das mesmas, tal qual disposto no inciso III do parágrafo 1º da Constituição, *verbis*:

**III - definir, em todas as unidades da Federação, *espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.***

Aliás, a permissão de uso é a abertura da perenização dos usos destes importantes espaços protegidos. Pior que isso: **seu uso à toda evidência que**

terá o condão de permitir a contaminação dos solos e recursos hídricos, bem como poderá comprometer severamente fauna e flora nativas, desnaturando as características originais e/ou naturais. Ora, os processos ecológicos podem ser efetivamente alterados em prejuízo evidente aos recursos naturais, inclusive a qualidade do solo e das águas, o que ofende ineludivelmente o disposto no inciso III do parágrafo 1º da Constituição, *verbis*:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas

De se notar que a recuperação de que trata a proposta, desde que incidentes as hipóteses dos parágrafos 3º, 4º e 5º, do art. 5º, não só deixará de preservar, como também de restaurar<sup>37</sup> processos ecológicos. Muito ao contrário, estabelecerá um novo padrão de uso que vai de encontro com a Constituição e com o Princípio da Precaução, já que a proposta de norma, além de permitir ilícita e implicitamente o uso, não adota as mesmas cautelas necessárias ao manejo agroflorestal sustentável indicado no art. 1º, parágrafo 2º, inciso V, letra “b” da Lei 4771/65.<sup>38</sup>

Resta patente que além dos prejuízos potenciais para a qualidade e estabilidade dos solos e das águas, podem ocorrer problemas relacionados com a fauna e flora, em ofensa ao inciso VII, *verbis*:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

---

<sup>37</sup>Vale lembrar que a proposta original era mais consentânea com a preservação, restauração e recuperação dos espaços especialmente protegidos tanto sob a ótica da Constituição, como pela ótica do Código Florestal. Aliás, trazia em seu bojo a definição contemplada pela Lei 9985/2000 que define restauração como “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original”, art. 2º, inciso XIV;

<sup>38</sup> Sua definição indicada na proposta da resolução acompanha aquela estabelecida na INMMA 05/2009, lembrando não há, smj, uma definição precisa de manejo agroflorestal sustentável indicado tanto na Lei 4771/65 quanto na Resolução CONAMA 369/06.

Logo, a previsão proposta de resolução, permite ao arrepio da Lei e dos princípios constitucionais do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e dão Desenvolvimento Sustentável, o uso implícito de áreas que não podem ser utilizadas, razão pela qual não se pode permitir sua aprovação e edição na forma em que se encontra.

Igualmente se percebe clara afronta ao disposto na Lei nº 6938/81, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 no intuito de implementar a Política Nacional do Meio Ambiente, uma vez que referido diploma legal estabelece como objetivos, que os órgãos pertencentes ao SISNAMA (inclusive o CONAMA) devem perseguir, quais sejam:

Lei nº 6938/81, Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

(grifos nossos)

Ainda há questões outras relacionadas diretamente à antinomias decorrentes de confronto entre a proposta de resolução e o Decreto federal 5975/2006 que regulamenta diversos artigos do Código Florestal, e que em seu bojo trata da exploração de florestas por meio da elaboração de Plano de Manejo Florestal Sustentável – PMFS e das possibilidades de supressão permitidas.

Ora, as florestas de que trata o artigo não são as de preservação permanente. Nada obstante, impõem-se um instrumento de política ambiental, o PMFS , que se presta a delimitar as condições de uso de ***florestas de rendimento***.

Ora, as APPs, como dito, quando vegetadas, não são florestas de rendimento, até porque, suas funções transcendem única e exclusivamente a manutenção da vegetação local, o que já foi visto alhures.

Outra hipótese aventada pelo Decreto é a possibilidade de utilização de florestas no caso de uso alternativo do solo, *verbis*:

Art. 10. A exploração de florestas e formações sucessoras que implique a supressão a corte raso de vegetação arbórea natural somente será permitida mediante autorização de supressão para o uso alternativo do solo expedida pelo órgão competente do SISNAMA.

§ 1º ***Entende-se por uso alternativo do solo a substituição de florestas e formações sucessoras por outras coberturas do solo, tais como projetos de assentamento para reforma agrária, agropecuários, industriais, de geração e transmissão de energia, de mineração e de transporte.***

Ainda que se diga tratar a proposta de resolução da regulamentação da letra “a” do inciso V, parágrafo 2 do art. 1 do Código Florestal, não se está no decreto fazendo alusão a tal hipótese. O interesse social pretendido não pode ser utilizado como forma de desrespeito ao Código Florestal. Ainda que a Lei 11326/96 trate da Política Nacional da Agricultura Familiar e que haja um sem número de pessoas que se enquadrem nas definições contidas no art. 3º, a proposta de resolução não pode autorizar implicitamente o uso de tais áreas.

Logo, como as áreas de APP não são dadas ao uso e nem suas florestas são de rendimento, não há que se cogitar em sua utilização ou exploração,

reposição florestal, etc. *Cabe, numa palavra, sua restauração ou recuperação sem a possibilidade de exploração econômica.*

Outra norma importante que não se está observando, muito ao contrário, se está revogando parcialmente (é o caso de derrogação) é a Resolução CONAMA 369/06.

Isto porque, intervenções em APP devem ser caracterizadas e motivadas mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, e atendidos os requisitos nela previstos, assim como em outras normas federais e estaduais, tal qual indicado em seu art. 2º.

Aliás, no que tange ao interesse social, referida norma estabelece as estritas hipóteses em que isso é possível, somente nas hipóteses em que não haja alternativa locacional e, ainda, sempre que haja justificativa técnica e limitação a percentual mínimo da área, considerando-se a necessidade de manutenção de suas funções ecológicas. Vale transcrever:

II - interesse social:

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, de acordo com o estabelecido pelo órgão ambiental competente;
- b) o manejo agroflorestal, ambientalmente sustentável, praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar, que *não descaracterize a cobertura vegetal nativa, ou impeça sua recuperação, e não prejudique a função ecológica da área;*

III - intervenção ou supressão de vegetação eventual e de baixo impacto ambiental, observados os parâmetros desta Resolução.

Art. 3º A intervenção ou supressão de vegetação em APP somente poderá ser autorizada quando o requerente, entre outras exigências, **comprovar:**

I - a **inexistência de alternativa técnica e locacional às obras, planos, atividades ou projetos propostos;**

II - **atendimento às condições e padrões aplicáveis aos corpos de água;**

III - **averbação da Área de Reserva Legal;** e

IV - **a inexistência de risco de agravamento de processos como enchentes, erosão ou movimentos acidentais de massa rochosa.**

Art. 11. Considera-se intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP:

I - abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso de água, ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar;

II - implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber;

III - implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água;

IV - implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo;

V - construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro;

VI - construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais da região amazônica ou do Pantanal, onde o abastecimento de água se dá pelo esforço próprio dos moradores;

VII - construção e manutenção de cercas de divisa de propriedades;

VIII - pesquisa científica, desde que não interfira com as condições ecológicas da área, nem enseje qualquer tipo de exploração econômica direta, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável;

IX - coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, desde que eventual e respeitada a legislação específica a respeito do acesso a recursos genéticos;

X - plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais em áreas alteradas, plantados junto ou de modo misto;

XI - outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventual e de baixo impacto ambiental pelo conselho estadual de meio ambiente.

§ 1º Em todos os casos, incluindo os reconhecidos pelo conselho estadual de meio ambiente, a intervenção ou supressão eventual e de baixo impacto ambiental de vegetação em APP não poderá comprometer as funções ambientais destes espaços, especialmente:

I - a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água;

II - os corredores de fauna;

III - a drenagem e os cursos de água intermitentes;

IV - a manutenção da biota;

V - a regeneração e a manutenção da vegetação nativa; e

VI - a qualidade das águas.

§ 2º A intervenção ou supressão, eventual e de baixo impacto ambiental, da vegetação em APP não pode, em qualquer caso, exceder ao percentual de 5% (cinco por cento) da APP impactada localizada na posse ou propriedade.

§ 3º O órgão ambiental competente poderá exigir, quando entender necessário, que o requerente comprove, mediante estudos técnicos, a inexistência de alternativa técnica e locacional à intervenção ou supressão proposta.



Ora, trata-se de exceção à regra de uso das APPs. Estas não são áreas de rendimento. Seu uso é excepcionalíssimo, condicionado a diversas regras, a limitações espaciais e, em especial, à manutenção de suas funções ecológicas e à proteção da vida humana. Tanto isso é verdade que referida Resolução 369 indica a aplicação de sanções diversas, quais sejam:

Art. 14. O não-cumprimento ao disposto nesta Resolução sujeitará os infratores, dentre outras, às penalidades e sanções, respectivamente, previstas na Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e no Decreto no 3.179, de 21 de setembro de 1999.

Art. 16. As exigências e deveres previstos nesta Resolução caracterizam obrigações de relevante interesse ambiental.

O artigo 5, parágrafos 2, 3 e 4 da proposta geram claras antinomias, inclusive em face de normas de igual hierarquia. Trata-se, pois, de um contrasenso sua manutenção, devendo ser extirpado.

Como visto até agora, a proposta de resolução remete às ofensas claras a valores e normas que forma o ordenamento jurídico pátrio, em especial a Constituição Federal, a Lei 4771/65 e a Lei 6938/81, sem prejuízo de outras normas infralegais, o que é vedado,<sup>39</sup> sendo forçoso concluir que a legislação de proteção das APPs está a exigir alterações na proposta de resolução, inclusive porque:

(a) para legislar sobre florestas os poderes públicos devem respeitar tanto os limites constitucionais relativos à distribuição de competência (questões de forma), quanto o que estabelece a Lei Maior sobre o conteúdo da proteção,

---

<sup>39</sup> Aliás, Guilherme Purvin também ressalta que “É importante consignar que a hermenêutica do nosso direito positivo orienta-se por determinados princípios fundamentais elencados no art. 1º da Constituição da República, dentre os quais destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A regulamentação de leis voltadas a proteção de direitos humanos de segunda e de terceira geração coloca em primeiro plano os fundamentos principiológicos de nosso ordenamento constitucional”, op. cit., pp. 237/238.

impregnado de valores, princípios e mesmo regras nela delimitados (questões materiais ou de conteúdo);

(b) não se pode nem explorar economicamente as APPs, nem permitir seu uso por meio de resolução;

(c) nos casos de ausência de florestas típicas das APPs tanto o particular quanto o poder público têm obrigação de florestá-las ou reflorestá-las, *ex vi* dos art.s 16 e 18 da Lei 4771/65.

Caso seja editada da forma que está, tratar-se-á de ato normativo “estranho” à delegação legislativa, ou seja, verdadeiro excesso do CONSELHO, que configura desvio de finalidade, passível, pois, de providências que objetivem sua correção. Certamente que eventual excesso (desvio nos limites das atividades exercidas com base em delegação de competência) pode acarretar diversas consequências indesejáveis, em especial quando se leva em consideração o interesse público ambiental consubstanciado na necessidade de se efetivar a proteção das APPs, espaços especialmente protegidos nos termos da Constituição e dos arts. 2º e 3º da Lei nº 4771/65.

Dentre as conseqüências decorrentes da criação de resolução que porventura exceda os limites delegados de atuação, decorre a nulidade absoluta de dispositivo editado de forma estranha à delegação. Isto porque a finalidade da proteção das APPs está inserida no contexto da proteção ambiental e na busca da implementação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento sustentável. Esta a interpretação a ser dada ao ordenamento jurídico constitucional.<sup>40</sup>

Em vista de todo o exposto, dadas as inconsistências formais e materiais de parte da proposta de resolução, requer seja remetida a mesma para nova

---

<sup>40</sup> Esta interpretação ora aduzida se coaduna perfeitamente com a chamada Nova Hermenêutica do Direito, que contempla a inclusão dos valores-normas-princípios como categoria máxima que fundamenta a Constituição e o ordenamento jurídico pátrio, com o fortalecimento do papel da fundamentalidade dos Princípios do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e da Sustentabilidade, como também a interpretação sistemática e finalística, que asseguram a proteção das APPs enquanto espaços com funções essenciais para manutenção dos recursos hídricos, estabilidade do solo, preservação da biodiversidade, etc. Esta leitura de faz clara nas obras de BONAVIDES, GRAU, CLEVE e SILVA já citados.

redação adequada ao ordenamento jurídico pátrio, com foco no sistema de proteção ambiental, considerando os valores, princípios e regras existentes com o fim de: (1) reinserir a necessidade de restauração de APPs; (2) eliminar as possibilidades de uso das mesmas, que não são áreas cuja importância ecológica e destinação precípua se coadunem com a exploração econômica, mas sim com para a proteção dos recursos naturais e da vida humana.

**Santos, 09 de julho de 2010.**

**Fabio Ribeiro Dib – conselheiro do CONAMA**

**OAB/SP nº 132.931**

#### BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, Paulo de Bessa, Direito Ambiental, São Paulo
- ARAUJO, Edmir Netto de, Curso de Direito Administrativo, ed. Saraiva, São Paulo, 2007.
- BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, ed. Malheiros, São Paulo, 2007.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FARIAS, Paulo José Leite, Competência federativa e proteção ambiental, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999
- FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de, A propriedade no Direito Ambiental, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- GRAU, Eros Roberto, A ordem econômica na Constituição Federal de 1988, Ed. Malheiros, 2000
- MACHADO, Paulo Affonso de Leme, Direito Ambiental, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002
- MAZZILI, Hugo Nigri, A defesa dos interesses difusos em juízo, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007
- MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
- SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª Edição Editora Revista dos Tribunais LTDA. – São Paulo, 1990
- SILVEIRA, Patrícia Azevedo da, Competência Ambiental, ed. Juruá, Curitiba, 2003
- SOUZA, Hilda de, Processo Legislativo, Ed. Sulina, Porto Alegre, 1998