

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DO
MEIO AMBIENTE
Dr. CARLOS MINC**

PROCESSO Nº 02000.000642/2007-19

Interessado: Secretaria de Biodiversidade e Florestas – SBF/MMA

Assunto: Proposta de Resolução que dispõe sobre parâmetros básicos para análise dos estágios sucessionais da vegetação de restinga no bioma Mata Atlântica

INSTITUTO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - PROAM, por seu representante legal, na forma de seus atos constitutivos, 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 EXCELENCIA**, expor e requerer o quanto segue.

DOS FATOS

Em 22 de dezembro de 2006 foi promulgada e publicada a Lei federal nº 11.428/06, que dispõe sobre a utilização e proteção de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, dando, ainda, outras providências. Referido diploma legal previu em seu artigo 4º, que o Conselho Nacional do Meio Ambiente, o CONAMA, deveria definir, no prazo de 180 dias, parâmetros para análise do que deveria ser considerado: (1) vegetação primária; (2) vegetação secundária; bem como (3) os

diferentes estágios de regeneração em que pudesse a vegetação de domínio de Mata Atlântica se encontrar.

Em continuidade, verifica-se que em decorrência do comando legal do artigo 4º da Lei 11.428/2006, o então Secretário de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente, Sr. João Paulo Ribeiro Capobianco, encaminhou ao Departamento de Apoio do CONAMA (DCONAMA) Guia de Providência de Documentos - GPD, solicitando abertura do Processo Administrativo epigrafado.

Com isso teve início a fase de discussões junto ao CONAMA, merecendo ressalva o fato de que a proposta inicialmente apresentada, limitava-se a dispor sobre os estritos limites da delegação contida no artigo 4º da Lei 11.428/2006. Aliás, tendo em vista o fato de que há proposta de exclusão da alínea "a" do inciso IX, do art. 3º da Resolução CONAMA 303/02, que trata das áreas de preservação permanente, proposta a qual se formou entendimento de tratar-se de "corpo estranho" aos limites delegados pelo legislador da Mata Atlântica, força a realização dos seguintes requerimentos.

Por esta razão, considerando o artigo 10, I, bem como os 15 e 16§ 1º da portaria 168/2005 que institui o Regimento Interno do CONAMA, requer seja a proposta de resolução retirada de pauta, para discussão e análise jurídica da possibilidade de alteração de redação que objetive eliminar proteção de restingas, dados os limites de delegação conferidos ao CONAMA, nos termos do parecer que segue anexo.

Termos em que,

p. deferimento.

São Paulo, 26 de junho de 2009.


INSTITUTO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO
AMBIENTAL - PROAM 0AB/DF 15722

PARECER ACERCA DA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CONAMA QUE DEVERÁ REGULAMENTAR O ART. 4º DA LEI Nº 11.429/2006, EM ESPECIAL QUANTO À SUPRESSÃO DE PROTEÇÃO DAS RESTINGAS NO QUE TANGE À ALIENA “A” DO ART. 3º DA RESOLUÇÃO 303/02.

Palavras-chave: extrapolação de delegação; proibição do retrocesso e ofensa aos princípios constitucionais do meio ambiente ecologicamente equilibrado, publicidade, legalidade, dentre outros.

RESUMO DOS FATOS

Em 22 de dezembro de 2006 foi promulgada e publicada a Lei federal nº 11.428/06, que dispõe sobre a utilização e proteção de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, dando, ainda, outras providências. Referido diploma legal previu em seu artigo 4º, que o Conselho Nacional do Meio Ambiente, o CONAMA, deveria definir, no prazo de 180 dias, parâmetros para análise do que deveria ser considerado: (1) vegetação primária; (2) vegetação secundária; bem como (3) os diferentes estágios de regeneração em que pudesse a vegetação de domínio de Mata Atlântica se encontrar.

Em continuidade, verifica-se que em decorrência do comando legal do artigo 4º da Lei 11.428/2006, o então Secretário de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente, Sr. João Paulo Ribeiro Capobianco, encaminhou ao Departamento de Apoio do CONAMA (DCONAMA) Guia de Providência de Documentos - GPD, solicitando abertura do Processo Administrativo epigrafado. Com isso teve início a fase de discussões junto ao CONAMA, merecendo ressalva o fato de que a proposta

inicialmente apresentada, limitava-se a dispor sobre os estritos limites da delegação contida no artigo 4º da Lei 11.428/2006, abaixo transcrito:

Art. 4º A definição de vegetação primária e de vegetação secundária nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses de vegetação nativa localizada, será de iniciativa do Conselho Nacional do Meio Ambiente.

§ 1º O Conselho Nacional do Meio Ambiente terá prazo de 180 (cento e oitenta) dias para estabelecer o que dispõe o caput deste artigo, sendo que qualquer intervenção na vegetação primária ou secundária nos estágios avançado e médio de regeneração somente poderá ocorrer após atendido o disposto neste artigo.
(grifos nossos)

Nada obstante, no decorrer do processo, além da apresentação de pareceres e propostas de deputados federais que defendiam determinados interesses, houve especial alteração da proposta inicial de resolução, com a inserção do que se classifica como verdadeiro “corpo estranho” aos limites da delegação legal de competência ao CONAMA. Referido “corpo estranho” se consubstancia na mudança de redação do artigo 9º original, para excluir a proteção de 300 metros incidente sobre de “restingas”, consideradas áreas de preservação permanente pela Lei 4771/65.

DA ATIVIDADE DO CONAMA E DOS LIMITES DA DELEGAÇÃO DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 11.429/06

Por necessário, cumpre destacar quanto ao referido artigo 4º, que, as determinações do legislador relativas à delegação de atribuições ao CONAMA estão bastante bem delimitadas, donde se vê que não há suporte jurídico algum para qualquer tipo de extrapolação de atribuições.

Registre-se, desde logo, que eventual pretensão de se suprimir proteção de que qualquer tipo de ecossistema que ocorra em Domínio de Mata Atlântica deverá ser tratada como “matéria estranha” à caracterização dos estágios sucessionais das fitofisionomias que à compõe

(a Mata Atlântica), e, portanto, aos limites de delegação de competência conferidos ao CONAMA.

RESTINGAS SÃO LEGALMENTE CONSIDERADAS

APPs

Importante ressaltar que referida Resolução 303/2002 - que regulamenta o artigo 2º da Lei 4771/1965 (Código Florestal) - informa na linha "a", do inciso IX, do artigo 3º, que as "restingas" consubstanciam-se em Áreas de Preservação Permanente.¹ Portanto, cabe o seguinte registro da Resolução CONAMA 303/2002:

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

IX - nas restingas:

- a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;
- b) em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues;

Por seu turno, a Lei 4771/65, com redação dada pela MP 2166-67/2001, estabelece não só a importância das vegetações como bens de interesse comum a todos os habitantes do país, como também indica quais são aquelas que merecem, por sua importância, ser consideradas áreas de preservação permanente, a saber:

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:

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
(grifos nossos)

¹ As áreas de preservação permanente podem ser consideradas uma espécie do gênero "espaços especialmente protegidos" do qual trata o artigo 225 da Constituição

NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 9º DA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO

Decerto que a nova redação do artigo 9º constante da proposta de resolução do CONAMA, cuja delegação legislativa se deu tão somente para a para definição dos estágios sucessionais de vegetação de domínio de Mata Atlântica, extrapola os limites da delegação conferida pelo legislador, o que não se pode considerar lícito.² A nova redação ao antigo artigo 9º, que, desde então, passou a ter a seguinte dicção:

“Art. 9º . Revoga-se o disposto na alínea “a”, inciso IX, do artigo 3º da Resolução CONAMA nº 303 de 20 e março de 2002.”

Ora, como o legislador delegou ao CONAMA tão somente a tarefa de : “definição de vegetação primária e de vegetação secundária nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica”, à toda evidência que nenhuma outra tarefa foi delegada ao Conselho, muito menos alguma que possa trazer retrocesso ao arcabouço normativo de proteção dos espaços especialmente protegidos.³

Assim sendo, como tanto o Estado quanto os atos dos agentes públicos devem se subsumir ao Princípio da Legalidade, somente o exercício de atividades normativas – e de regulação - que respeitem os limites legais de eventual delegação pode ser considerado lícito. Melhor dizendo, o CONAMA pode regular matérias com base nos exatos termos em que lhe delegam tal função, seja o Legislativo, seja o Executivo. Por isso que o afastamento do Conselho quanto aos limites estabelecidos no ato delegatório (art. 4º da Lei 11.428/2006) se traduz em excesso, vale dizer, extrapolação dos limites funcionais.

² Este registro tem pertinência na exata medida em que a proposta original de Resolução - que respeitava os limites da delegação mencionada - foi alterada por lavra do atual Sr. Ministro do Meio Ambiente, Dr. Carlos Minc, que inseriu em seu bojo, após provocação do Deputado Federal Fernando Chucri

³ O art. 225 da Constituição estabelece o Poder Público está incumbido de criar espaços especialmente protegidos: “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”. Grifos nossos.

DO EXCESSO E DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como já se mencionou, não foi delegado qualquer poder regulamentar que exceda os estritos limites conferidos pelo legislador da Mata Atlântica, em especial no que tange ao artigo 4º da Lei nº 11428/06. Vale ressaltar, por conseguinte, que incide na espécie o Princípio da Legalidade (estrita). Este, uma vez que se traduz em verdadeiro princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito,⁴ claramente estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal, é enfatizado pelo artigo 37 da Lei Fundamental de modo que ambos traçam contornos claros sobre os limites de atuação do Estado e de seus agentes, que devem pautar suas atividades, como dito, com o mais absoluto respeito ao Princípio da Legalidade. Senão vejamos:

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

Segundo Edmir Netto de Araújo, o Princípio da Legalidade “... 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 restritividade**: as leis administrativas são de ordem pública, contendo ‘poderes-deveres’ irrelegáveis pelos agentes públicos, que não as podem, portanto, descumprir”.⁵ (grifos nossos e no original)

Logo, infere-se que qualquer menção contida no bojo de eventual - e futura - RESOLUÇÃO que venha a extrapolar este limite legalmente atribuído (caput do art. 4º da Lei da Mata Atlântica), deve ser tratada como “estranha”.

⁴ CF, “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”. A criação do estado de direito, ou seja, o estado que se submete aos comandos da lei, trata-se, pois, de uma das maiores conquistas do Estado Moderno, surgido a partir das revoluções liberais do século XVIII, e que assegura a possibilidade de limitação dos excessos das autoridades.

⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de, Curso de Direito Administrativo, ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p.51

à delegação, ou seja, verdadeiro excesso do CONSELHO, passível de providências que objetivem sua correção.

A esse respeito, decerto que, eventual excesso - ou desvio nos limites das atividades exercidas com base em delegação de competência - pode trazer uma variada gama de conseqüências indesejáveis, em especial quando se leva em consideração o interesse público ambiental consubstanciado na necessidade de se efetivar a proteção do espaço especialmente protegido RESTINGA (APP nos termos do art. 2º, “f”, 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 e, mesmo, a incursão daqueles que concorram para o ato, nos termos do quanto disposto no artigo 11 da Lei nº 8429/92, caso seja o mesmo lesivo ao interesse público ambiental e aos princípios que regem as atividades da administração pública. A propósito, registre-se:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

(Grifos nossos)

Aliás, não só a chamada Lei da Mata Atlântica, como também a Constituição Federal, seja do artigo 225, seja no artigo 23, que tratam da proteção do meio ambiente e da competência para fins de exercício do poder de polícia em matéria ambiental⁶, respectivamente, possuem como “telos” a proteção do Domínio Mata Atlântica do qual as restingas fazem parte.⁷

⁶ Poder de polícia deve ser realizado pelos poderes da União que se realiza de forma a atender ao interesse público ambiental

⁷ Vale ressaltar que a chamada Nova Hermenêutica do Direito contempla não só a questão da inclusão dos valores-normas-princípios como categoria máxima que fundamenta a Constituição e o ordenamento jurídico pátrio, o que ressalta o papel da fundamentalidade dos Princípios do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e da Sustentabilidade, como também assegura a manutenção das formas de interpretação

DO PODER DE POLÍCIA QUANTO A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Ainda que não seja objeto do presente parecer não seja discorrer sobre o poder de polícia, algumas considerações acerca do tema são deveras importantes, quais sejam:

- (1) a matéria veiculada pela proposta de futura resolução trata eminentemente de questão ligada ao estabelecimento de diretrizes, critérios e padrões relativos à proteção ambiental e ao uso sustentável dos recursos ambientais;⁸
- (2) a necessidade de regulação de matéria veiculada pela Lei da Mata Atlântica, editada com o fim de proteção de uma dos biomas mais fragilizados do país por meio do CONAMA;
- (3) a determinação contida do artigo 225 da Constituição que estabelece os Princípios fundamentais de promoção do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e da Sustentabilidade ambiental;
- (4) o poder-dever de proteção e defesa do meio ambiente veiculado pelo artigo 23, inciso VI da Lei Fundamental, veda, absolutamente, a extrapolação dos limites da delegação, em especial quando se trata de potencial retrocesso na proteção dos remanescentes de Mata Atlântica.

Pois bem, no que tange ao exercício do poder de polícia no âmbito da consagração do interesse público ambiental, obviamente que tanto o Legislativo quanto o Executivo,⁹ em qualquer das esferas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), devem primar pela proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena de incorrerem em flagrante inconstitucionalidade. Não é outra a leitura que se depreende do artigo 23 da Constituição, abaixo transcrito:

sistemática e finalística, que asseguram a proteção das vegetações de Domínio de Mata Atlântica consignadas no texto da Lei nº 11.428/06.

⁸ Esta é uma das expressões do poder de polícia preventiva, ou seja, criar padrões que permitam a efetiva proteção do ambiente de acordo com os princípios constitucionais e normas correlatas.

⁹ Em verdade, todos os Poderes do Estado, inclusive o Judiciário têm o dever de defender e preservar o meio ambiente, dever esse que se estende à coletividade, nos termos do art. 225 da Constituição.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Como o sistema jurídico pátrio - que estabelece a democracia representativa e participativa - autoriza a atuação da sociedade na criação de políticas públicas e normas, (com)partilhando o poder direto com o Estado, decerto que aos Conselhos criados com esse mister, **não se retira a necessidade de respeito à Constituição e seus princípios e às normas infra-constitucionais**. Assim sendo, ainda que o CONAMA receba funções tipicamente estatais (de regulamentação), curial que se submeta a todo o arcabouço jurídico correlato a suas atividades.

Nesse sentido, tendo em vista o fato de que o CONAMA foi criado com base no disposto na Lei nº 6938/81, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no intuito de implementar a Política Nacional do Meio Ambiente, referido diploma legal estabelece os objetivos que os órgãos pertencentes ao SISNAMA devem perseguir, a saber:

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)



Mais ainda, no que tange à estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente, estabelece o seguinte:

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;

Tendo em apreço, pois, o quanto dispõem referidos artigos supra transcritos, percebe-se claramente que a atuação dos órgãos do SISNAMA devem respeitar a Constituição e seus valores-normas-princípios,¹⁰ como também os ditames da Política Nacional do Meio Ambiente e outras normas que venham a ser editadas no exato sentido de se proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou de outra forma, também a Lei nº 11.428/06, interpretada em conjunto e em consonância com a Constituição e a Política Nacional do Meio Ambiente deve guiar o CONAMA das atribuições que lhe são delegadas, o que atende, inclusive, o Princípio da Legalidade.

Importante ressaltar que o CONAMA, que integra o Sistema Nacional do Meio Ambiente, possui várias atribuições, inclusive a de editar normas na forma de resoluções.¹¹ Nada obstante, 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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

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:

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).

PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ¹²

Pior do que extrapolar suas atribuições, consubstanciadas na delegação legislativa do artigo 4º da Lei nº 11.428/06 é dar azo à ocorrência de retrocesso quanto à proteção e defesa do meio ambiente.¹³ Isto porque em assim agindo, não só

¹² A proibição do retrocesso é uma construção doutrinária que já passa a sedimentar-se na jurisprudência pátria e tem íntima relação com os direitos fundamentais, sejam eles (os direitos) individuais, sociais, coletivos ou difusos. Para Orci Teixeira “O princípio da proibição de retrocesso – princípio de conteúdo axiológico, cuja fundamentação está cimentada metapositivamente – é consequência da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais. Diante desta vedação, este princípio deve ser rigorosamente respeitado, mesmo que não seja absoluto, caso em que engessaria o direito, impedindo a sua evolução – segundo Ingo Wolfgang Sarlet²⁶⁴, uma proibição absoluta é excluída do plano para possibilitar as mudanças legislativas. No sistema do direito ambiental brasileiro, o princípio da proibição guarda coerência com um dos objetivos deste ramo do direito: melhorar a qualidade ambiental recuperando áreas degradadas e defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado”, op. cit. P. 124.

¹³ Não custa lembrar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado como direito fundamental, razão por que deve ser tido na mais alta conta, inviabilizando a manutenção de normas editadas em contrariedade ao mesmo. Para Orci Paulino Bretanha Teixeira “O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil, a exemplo de outros países, é apresentado e estruturado como direito fundamental por ser essencial à sadia qualidade de vida; e tem como meta, entre outras, a defesa dos recursos ambientais de uso comum do povo, ou seja, o patrimônio da humanidade, necessários para uma vida digna” e prossegue “A proteção ambiental projeta-se direta ou indiretamente no domínio dos direitos fundamentais e relaciona-se diretamente com a própria dignidade da vida em um Estado Democrático de Direito.”

desrespeita os limites de sua delegação, como o escopo de suas atividades, o que afronta claramente os valores-normas-princípios constitucionais, além, é claro, de desrespeitar o ordenamento jurídico pátrio.

Cumpra ressaltar que todo o Sistema Ambiental construído pelo Estado, inclusive considerando compromissos internacionais assumidos,¹⁴ parte de princípios que remetem à necessidade de melhoria contínua como forma de atender às demandas da sociedade, vale dizer, ao interesse público.

Em sendo assim, a proposta de resolução cuja redação foi alterada por lavra do Sr. Ministro do Meio Ambiente em meio a pressões de determinado Deputado Federal, caso acatada e transformada efetivamente em resolução, possui um forte caráter de retrocesso da proteção ambiental. Aliás, a idéia é justamente que não se retroceda quanto aos avanços alcançados na implementação dos direitos fundamentais.¹⁵

De acordo com os motivos que estabeleceram a necessidade de edição da Lei nº 11.428/06, que estão em consonância com os Princípios constitucionais já mencionados, que se coadunam inteiramente aos compromissos internacionais assumidos pelo país, a proposta veiculada pelo artigo 9º atual, que objetiva a extirpação da alínea “a”, do inciso IX do art. 3º da Resolução 303/02 do CONAMA, revela repita-se, um gravíssimo retrocesso. Logo, a par da ilicitude quanto a extrapolação dos limites da delegação legislativa, atenta contra o interesse público ambiental.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha Teixeira, O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2006, p. 67

¹⁴ Em que pese a preocupação global com a proteção do meio ambiente, cumpre destacar que as preocupações transcendem a localidade e remetem à construção de um direito universal e fundamental do meio ambiente. O mesmo autos supra indicado, ressalta que: “Portanto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, embora seja direito humano, é também direito fundamental, cujos titulares são as pessoas sob a jurisdição do Estado brasileiro; e o direito ao ambiente, na condição de direito humano, é universal. Diante desta comparação, juridicamente é correto inferir que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, com assento na Constituição do Brasil, a exemplo das legislações estrangeiras citadas, quando foi apresentada a evolução do direito ambiental”, op. cit. p. 70.

¹⁵ Para Narbal Antonio Mendonça Fileti, “O princípio tem sede material na Constituição brasileira de 1988, decorrendo dos princípios do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano.” Para o autor, aliás, o “princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social”. FILETI, Narbal Antonio Mendonça Fileti acessado em 22/06/2009 no endereço:

Isto ocorre em plena era da proteção dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou ainda difusos ou coletivos.¹⁶ Dentre referidos princípios está o da Dignidade da Pessoa Humana, que perpassa todo o ordenamento jurídico e se encontra na raiz dos fundamentos e objetivos do legislador constituinte (art. 1º, inciso III). Corolário deste princípio é o Direito à Vida,¹⁷ insculpido no artigo 5º da Magna Carta, com a ressalva de que referido direito à vida contempla a dignidade. Esta (vida digna), por sua vez, só pode ser atingida quando há ambiente propício para tanto.

Infere-se, pois, que os valores constitucionais, que se traduzem em normas-princípios, devem ser necessariamente perseguidos. Inclui-se aí, pois, a Vida Digna que só se realiza com o respeito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, a ser assegurado para as presentes e futuras gerações, donde se vê, claramente, a sedimentação do Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Estas observações resumem a Nova Hermenêutica do Direito defendida por autores importantes, a exemplo, no país, de Paulo Bonavides.¹⁸

Ora, a Constituição trata da necessidade de estabelecimento de espaços especialmente protegidos como forma de atingir o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, incisos I e III). Da mesma forma quanto Código Florestal (art. 2º, “f”) estabelece serem as restingas áreas de preservação permanente, com o que, o CONAMA, exercendo suas atribuições regulamentares estabeleceu por meio da Resolução 302/02 (art. 3º, inciso IX, a”) como parâmetro para sua proteção, que se considere, minimamente, os 300 metros medidos a partir da linha de preamar máxima.

16 Para Orci Teixeira, o meio ambiente “Na condição jurídica de patrimônio da humanidade, o ambiente impõe o dever de proteger e de poupar os recursos ambientais – e necessita da intervenção estatal para tal mister. Como interesse difuso e coletivo, determina ao Poder Público a obrigação, entre outras, de fiscalizar as atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras, limitando ou proibindo o uso dos recursos ambientais” e prossegue o autor ao afirmar que “Face à eficácia dos direitos fundamentais, o Poder Público passa a ter o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado que, visto sob a perspectiva subjetiva, é interesse individual; e, visto sob a perspectiva objetiva, é também direito subjetivo coletivo transindividual”, op. cit, p. 72.

17 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

18 BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, ed. Malheiros, São Paulo, 2007, pp. 579/647.

Portanto, a matéria atinente à definição do parâmetro de definição da proteção das restingas foi tratado em resolução própria para tal fim. Mais que isso, tal definição fixou um padrão protetivo adequado à realidade que remete à degradação por que passam as restingas, objeto de grande assédio por meio do uso e ocupação do solo nessas áreas, em especial no que tange à atividades ligadas às indústrias da especulação imobiliária e portuária.

Sobre ser a proteção das restingas já definida especificamente por uma resolução, infere-se que, para além da extrapolação de atribuições delegadas pelo Legislador da Mata Atlântica, poderá surgir uma imensa ameaça à proteção, o que vai exatamente na contramão da história e da efetiva proteção do meio ambiente. Mais que isso, possibilita-se um retrocesso não aceito pelo sistema jurídico pátrio, justamente porque vai de encontro do o Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Nem se diga, ademais, que referida resolução 303/02 não poderia fixar parâmetros métricos, porquanto esta pífia afirmação refoge da sistemática constitucional que permite a delegação para a criação de parâmetros.¹⁹ Do contrário se estaria diante de norma inaplicável, verdadeira letra morta pela impossibilidade de indicação de critérios objetivos, que definissem para cada região ou localidade, o *modus operandi* da administração pública para atuar no uso de suas atribuições de polícia.²⁰

¹⁹ Esta fraca tese decorre de parecer colacionado ao processo pelo Deputado Federal Fernando Chucri, que ameaçou iniciar um processo para constituição de Decreto Legislativo com o fim de extirpar do ordenamento jurídico a referida alínea “a” do inciso IX do art. 3º da referida resolução. Relembre-se, que este raciocínio deveria ser aplicado *in totum*, a todas as resoluções do CONAMA que instituem padrões ambientais, o que é um contra-senso, verdadeiro absurdo

²⁰ 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 inócuo 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’águas com ate vinte hectares de superfícies, cuja faixa marginal será de cinquenta metros”. Op. cit, pp. 237/238

Portanto, como dito, pior que o excesso no desempenho das atribuições delegadas seria a tentativa de implementação de dispositivo que descumprisse com os comandos constitucionais e legais que determinam ao Estado quanto a coletividade os deveres de defender e preservar o meio ambiente. A propósito assim dispõe o artigo 225 da Constituição Federal:

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.

Notadamente que com a medida inserida na proposta recente de resolução, o que se busca, melhor dizendo, o que está em jogo não é a simples flexibilização do uso das restingas, consideradas Área de Preservação Permanente, mas sim sua efetiva aniquilação, considerando a voracidade que a indústria da especulação imobiliária demonstra pelo uso destas áreas.²¹

Logo, não se pode aceitar de modo algum qualquer possibilidade de retrocesso quanto a pretensão de exclusão da alínea “a” do inciso IX, do art. 3º da Resolução 303/02. **Isto porque para além da extrapolação de competência conferida pela Lei nº 11.428/06, há proibição de se retroceder na proteção das restingas.**

DA TRANSPARENCIA E INFORMAÇÃO

No que tange aos princípios relativos ao Processo Administrativo Ambiental, vale ressaltar que os da transparência e da informação ampla²² ajudam a constituir o princípio da participação, da efetiva cidadania.²³ ✕

²¹ Não custa lembrar que as restingas ocorrem nas zonas costeiras, normalmente domínio de Mata Atlântica, em boa parte ocorrentes na Serra do Mar, vale dizer, está-se falando de APPs que são consideradas, além de toda a proteção que merecem pela função ecológica que lhes são próprias, Patrimônio Nacional pela Constituição Federal: § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

²² Para Celso Fiorillo, o Princípio da Informação Ambiental, que se encontra consagrado nos artigos 6º, § 3º e 10 da Lei nº 6938/81 “é corolário do direito de ser informado, previsto nos arts 220 e 221 da Constituição Federal. O citado art. 220 engloba não só o direito a informação, mas também o direito a ser informado (...),

Em sendo assim, curial que a questão da supressão da proteção das restingas deveria ter passado por toda uma discussão, bastante ampla, não devendo exsurgir em decorrência pura e simples de pressões de grupos de interesse.

Logo, o princípio democrático, que prima pela participação do cidadão nas decisões atinentes à coisa pública, merece absoluta atenção, permitindo que haja ampla discussão acerca de qualquer elemento que possa vir a interferir diretamente na qualidade ambiental das presentes e futuras gerações. Esta observação, aliás, remete à necessária observação do princípio da publicidade (art. 37 da Lei Fundamental), que tem por corolário a transparência dos atos da administração.

Não é por outra razão que Araújo ensina que *“Há, ainda, outro comando constitucional do art. 37, § 1º da CF, determinando que a publicidade oficial deva ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, vedando promoção pessoal de autoridades e agentes públicos. Se todos são iguais perante a lei e perante a Administração, como se viu, e se esta deve pautar suas ações pelo princípio da legalidade e da primazia do interesse público, evidencia-se também que todos têm o direito de ter conhecimento do que os agentes fazem no gerenciamento da coisa pública. É o sentido geralmente designado por transparência, ... A publicidade, como conhecimento dado a população, das leis, decretos, atos, decisões, contratos etc., é regra, portanto, e não exceção, é fator de eficácia e requisito de moralidade: a publicação não convalida atos irregulares nem os regulares a dispensa, para sua operacionalidade.”* (ARAUJO, Edmir Netto de, Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 58)

À toda evidencia que a supressão da proteção das restingas, para muito além de constituir excesso quanto a delegação dada pelo legislador da Mata Atlântica, ofende diretamente ao Princípio da Proibição do Retrocesso relativo à concretização dos direitos fundamentais. Mas não é só, a parca e pobre discussão acerca da

que se mostra como um direito difuso, sendo, por vezes, um limitador da liberdade de informar, FIORILLO, Celso Pacheco Antonio, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 42

²³ O art. 1º, inciso II da Constituição trata a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito. Nada obstante, para o mesmo autor, o princípio da Participação remete ao ensinamento de que “ao falarmos em participação, temos em vista a conduta de tomar parte em alguma coisa, agir em conjunto. (...) Disso retira-se uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação” e mais adiante assevera que “o princípio da participação, constitui, ainda, um dos elementos do Estado Social de Direito”, op. cit., pp. 41/42

referida eliminação da proteção das restingas ataca frontalmente os Princípios da Informação, da Participação e da Transparência da Administração, o que, via de consequência, fere de morte o fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito, visto que um de seus alicerces, vale dizer, a Cidadania, igualmente resta malograda.

Em vista disso, mais do que excesso de delegação e atuação contrária à proteção de espaços especialmente protegidos, a eliminação da alínea "a" do inciso IX, do art. 3º da Resolução 303/02, evidencia patente retrocesso ao arripio da concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por fim, atenta contra princípios que devem orientar as atividades do Estado e da Administração Pública e seus agentes.

Tudo isso, pois, inquina de nulidade e sustentação jurídica e social, a proposta retrógrada e atentatória aos interesses públicos, de supressão da proteção das restingas. Logo, inviável sustentar-se de qualquer modo a proposta nefasta de exclusão da proteção dos 300 metros de restinga contados da linha máxima de preamar, por se tratar de área de preservação permanente.


Santos, 25 de junho de 2009.

Fabio Ribeiro Dib

OAB/SP nº 132.931

OAB/DF 15722

Bibliografia

- ARAUJO, Edmir NETto de, Curso de Direito Administrativo, ed. Saraiva, São Paulo, 2007;
- BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, ed. Malheiros, São Paulo, 2007.
- FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de, A propriedade mo Direito Ambiental, ed. Reviosta dos Tribunais, São Paulo, 2008;
- FILETI, Narbal Antonio Mendonça Fileti, Proibição do Retrocesso, acessado em 22/06/2009 no endereço:
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, ed. Saraiva, São Paulo, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana, ed. Livrado do Advogado, Porto Alegre, 2007
- TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha, O Direito AO meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental, ed. Livrado do Advogado, Porto Alegre, 2006.