

PINHEIRONETO

A D V O G A D O S

São Paulo

R. Hungria, 1.100
01455-906
São Paulo, SP
t. +55 (11) 3247 8400
f. +55 (11) 3247 8600
Brasil

Rio de Janeiro

R. Humaitá, 275 . 16º andar
22261-005
Rio de Janeiro, RJ
t. +55 (21) 2506 1600
f. +55 (21) 2506 1660
Brasil

Brasília

SAFS . Quadra 2 . Bloco B
Ed. Via Office . 3º andar
70070-600 . Brasília . DF
t. +55 (61) 3312 9400
f. +55 (61) 3312 9444
Brasil

www.pinheironeto.com.br

pna@pn.com.br

Excelentíssimo Senhor Ministro LUIZ FUX, do Excelso Supremo Tribunal Federal

ADIs n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMPANHIAS DE ENERGIA ELÉTRICA ("ABCE"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 62.659.891/0001-40, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua da Consolação, n.º 2.697, 2º andar, CEP 01416-900, por seus advogados (docs. n.ºs 1/2), vem respeitosamente à presença de V.Exa., com fundamento no artigo 7º, §2º, da Lei Federal n.º 9.868/1999, requerer seu ingresso, na qualidade de ***amicus curiae***, nas **AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N.ºs 4.901, 4.902 e 4.903**, ajuizadas pela **Procuradora-Geral da República em exercício**, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

ÍNDICE

I. AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	4
II. AS RAZÕES DE INGRESSO DA ABCE NAS ADIs COMO <i>AMICUS CURIAE</i> ...	4
III. O CONTEXTO E A EVOLUÇÃO DA LEI FEDERAL N.º 4.771/1965	9
IV. OS DEBATES QUE PRECEDERAM A LEI FEDERAL N.º 12.651/2012 E AS JUSTIFICADAS ESCOLHAS DO LEGISLADOR	12
V. A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS..	
.....	15
(i) A proporcionalidade como método de controle de constitucionalidade e a função conferida ao legislador	15
(ii) Esclarecimentos necessários acerca da proibição do retrocesso ambiental	18
(iii) Os dispositivos impugnados nas ADIs.....	24
(a) Dispositivos impugnados na ADI n.º 4.901.....	24
(a.1.) Artigo 12, §7.º	24
(a.1.1.) O instituto da Reserva Legal	25
(a.1.2.) Imóveis utilizados para atividades de utilidade pública não são imóveis rurais	26
(a.1.3.) Do domínio público dos imóveis destinados à prestação de serviço de concessão de energia	33
(a.1.4.) Da função social da propriedade dos bens utilizados para serviços de energia	36
(a.1.5.) Diferença entre impacto e dano ambiental	38
(b) Dispositivos impugnados na ADI n.º 4.902.....	40
(b.1.) Artigo 61-A	40
(c) Dispositivos impugnados na ADI n.º 4.903.....	42
(c.1.) Considerações necessárias acerca das APPs no entorno de reservatórios de geração de energia elétrica	42
(c.2.) Artigo 4.º, III.....	51
(c.3) Artigo 4.º, §§1.º e 4.º.....	54
(c.4.) Artigo 5.º	56
(c.5.) Artigo 62	58
(c.5.1.) O contexto em que se insere o artigo 62 e sua constitucionalidade	59

(c.5.2.)	Conceitos de compreensão necessária associados aos reservatórios artificiais de geração de energia elétrica	61
(c.6.)	Artigo 3.º, VIII, b	64
(c.6.1.)	Caráter excepcional das intervenções em caso de utilidade pública	65
(c.6.2.)	Da adequada aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição	68
(c.7.)	Artigo 11	69
VI.	INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR	71
(a)	Ausência de <i>fumus boni iuris</i>	71
(b)	Ausência de <i>periculum in mora</i>	73
(c)	<i>Periculum in mora</i> reverso	73
VII.	CONCLUSÃO E PEDIDO	74

I. AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

1. Em 21.1.2013 a Procuradora-Geral da República em exercício ajuizou três ações diretas de inconstitucionalidade (“ADIs”) para impugnar dispositivos da Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, altera as Leis Federais n.ºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006, revoga as Leis Federais n.ºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001 e dá outras providências¹. As ADIs foram autuadas sob os n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903 e, após distribuição inicial a V.Exa., ao Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes e à Excelentíssima Senhora Ministra Rosa Weber, foram reunidas sob relatoria de V.Exa., para julgamento conjunto.

2. Em 4.4.2013 o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou outra ADI para discutir a constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/2012². A ação foi autuada sob o n.º 4.937 e também distribuída por prevenção a V.Exa.

3. Em maio de 2013 a Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE requereu seu ingresso nas ADIs n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903 na qualidade de *amicus curiae*. Este e os pleitos liminares formulados pelos autores das ADIs aguardam apreciação por V.Exa.

II. AS RAZÕES DE INGRESSO DA ABCE NAS ADIS COMO AMICUS CURIAE

4. A ABCE é entidade de classe de âmbito nacional constituída sob a forma de associação civil sem fins lucrativos e que reúne, como

¹ A Procuradoria-Geral da República discute a constitucionalidade dos artigos 3.º, XIX e parágrafo único, 4.º, §§ 1.º, 4.º e 6.º, 7.º, § 3.º, 8.º, § 2.º, 11, 12, §§ 4.º a 8.º, 13, § 1.º, 15, 48, § 2.º, 59, §§ 4.º e 5.º, 60, 61-A, 61-B, 61-C, 62, 63, 66, §§ 3.º e 5.º, II e III e § 6.º, 67, 68 e 78-A e também requerer a interpretação conforme dos artigos 3º, VIII, IX, XVII, 4º, III, IV, §5º, 11, 28 e 66, §5º, IV, da Lei e que sejam declaradas inconstitucionais expressões dos artigos 3º, VIII, b e 5.º.

² O PSOL discute a constitucionalidade dos artigos 3.º, VIII, b, 7.º, §3.º, 13, §1.º, 44, 48, §2.º, 59, §§4.º e 5.º, 60, 61-A, 61-B, 61-C e 63, dos quais apenas o artigo 44 não era objeto das ADINs ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República.

associadas, concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, isto é, empresas de geração, transmissão e distribuição de energia, bem como empresas e pessoas físicas que desempenham atividades afins.

5. A fundação da ABCE remonta aos anos de 1930, quando um grupo de pequenos empresários oriundos da cafeicultura fundou a Associação Paulista de Empresas de Serviços Públicos (“Associação”), que tinha o intuito de coordenar as ações das empresas associadas, estabelecendo canal direto com o poder público.

6. Em 1971, com atuação em todo o território nacional, a Associação passou a denominar-se Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica – ABCE.

7. A ABCE possui mais de 60 associadas em todo o País, e representa-as em busca de um setor elétrico moderno, sustentável e dinâmico, fundamental ao desenvolvimento nacional³.

8. Em 2002 a ABCE criou seu Comitê de Meio Ambiente, pelo qual, com o auxílio de profissionais técnicos e da área jurídica, acompanha as principais discussões ambientais relacionadas ao setor de energia elétrica, contribuindo para o desenvolvimento consciente e sustentável. Com este intuito e para fomentar o diálogo entre os diversos envolvidos, o Comitê constantemente promove eventos em parceria com o Ministério de Minas e Energia, Ministério de Meio Ambiente, Magistratura, Ministério Público, entre outros.

9. A ABCE e suas associadas são empresas comprometidas com a preservação do meio ambiente e, cientes de seu papel no desenvolvimento sustentável, prezam pelo crescimento do setor energético, mediante o uso racional dos bens e recursos ambientais, compatibilizando suas atividades com a conservação do meio em que inseridas.

³ A respeito das associadas da ABCE vide o site: http://www.abce.org.br/associados_geradoras.php.

10. Pois bem, de acordo com o artigo 7º, §2º, da Lei Federal nº 9.868/1999, "o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir (...) a manifestação de outros órgãos ou entidades" no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

11. A intervenção do *amicus curiae* no feito pode ser requerida "até a data em que o Relator liberar o processo para a pauta", conforme entendimento consolidado deste Excelso Supremo Tribunal Federal. Vejam-se:

"Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99.

1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário.

2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator".

3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes, o que não se verifica no caso.

4. O amicus curiae somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta.

5. Agravo regimental a que se nega provimento"⁴.

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. ADMISSÃO DE AMICUS CURIAE. PRAZO. Segundo precedente da Corte, **é extemporâneo o pedido para admissão nos autos na qualidade de amicus curiae formulado após a liberação da ação direta de inconstitucionalidade para julgamento.** Agravo regimental ao qual se nega provimento"⁵.

12. O pedido de ingresso da ABCE como *amicus curiae* nestas ADIs é tempestivo, já que sequer foram analisados os pleitos liminares formulados nas ações.

⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI 4071 AgR/DF, Rel. Min. Menezes de Direito, j. 22.4.2009, por maioria.

⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 4067 AgR/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10.3.2010, v.u.

13. Além disso, o interesse da ABCE nos feitos justifica-se na medida em que a ABCE é associação de âmbito nacional, e eventual declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, §§1.º e 4.º⁶, 12, §7.º⁷, 61-A⁸ e 62⁹ da Lei Federal n.º 12.651/2012 e/ou interpretação ou declaração de inconstitucionalidade de expressões prevista nos artigos 3.º, VIII, b¹⁰, 4.º, III¹¹, 5.º¹² e 11¹³, conforme entendimento da Procuradoria-Geral da

⁶ "Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

(...)

§ 1º Não será exigida Área de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais de água que não decorram de barramento ou represamento de cursos d'água naturais.

(...)

§ 4º Nas acumulações naturais ou artificiais de água com superfície inferior a 1 (um) hectare, fica dispensada a reserva da faixa de proteção prevista nos incisos II e III do caput, vedada nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama."

⁷ Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:

(...)

§ 7º Não será exigido Reserva Legal relativa às áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, nas quais funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações ou sejam instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica."

⁸ "Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008."

⁹ "Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum."

¹⁰ "Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

VIII - utilidade pública:

(...)

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, saibro e cascalho;"

¹¹ "Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

(...)

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;"

¹² "Art. 5º Na implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana."

¹³ "Art. 11. Em áreas de inclinação entre 25º e 45º, serão permitidos o manejo florestal sustentável e o exercício de atividades agrossilvipastoris, bem como a manutenção da infraestrutura física associada ao desenvolvimento das atividades, observadas boas práticas agronômicas, sendo vedada a conversão de novas áreas, excetuadas as hipóteses de utilidade pública e interesse social."

República, afetariam o exercício das atividades das associadas da ABCE, que diretamente se relacionam à ocupação e conservação de áreas de preservação permanente (“APPs”) e ao regime da reserva legal, disciplinados pelos dispositivos impugnados.

14. De fato, as obras e atividades de infraestrutura destinadas às autorizações, concessões e aos serviços públicos de energia são obras essenciais, que interagem com o meio em que inseridas, demandando a supressão de vegetação muitas vezes localizada em áreas protegidas e a própria conservação dessas áreas.

15. Naturalmente, no âmbito do licenciamento ambiental de tais obras e atividades são definidas as medidas mitigatórias e compensatórias, necessárias à harmonização do empreendimento com o meio ambiente, mas isso não dispensa a necessidade de se criarem regras ambientais específicas para disciplinar tais obras e atividades essenciais, sobretudo quando a Lei Federal n.º 4.771/1965 era omissa quanto a diversos temas relacionados ao setor.

16. Foram exatamente o silêncio da Lei Federal n.º 4.771/1965 quanto a assuntos ambientais cotidianos do setor de energia elétrica, e a insegurança jurídica promovida por tal omissão, que motivaram a redação dos artigos que justificam o ingresso da ABCE como *amicus curiae* nas ADIs sob exame. Tais dispositivos trouxeram clareza ao setor, possibilitando o equilíbrio entre a defesa do meio ambiente e a livre iniciativa, o desenvolvimento econômico e o direito de propriedade.

17. Nesse contexto, as concessionárias e autorizadas de geração de energia elétrica e outros associados à ABCE, que se dedicam ao exercício de atividades similares, são afetados pelos dispositivos impugnados nas ADIs que versam sobre **(a)** os empreendimentos considerados de utilidade pública, como o são os empreendimentos das associadas da ABCE, e que justificam a intervenção em APPs (artigos 3.º, VIII, b); **(b)** o regime aplicável às APPs e áreas de reserva legal no entorno de reservatórios artificiais para geração de energia (artigos 4.º, III, §1.º e 4.º, 5º, 12, §7.º e 62); e **(c)** a regularização de APPs (artigo 61-A).

18. Por sua vez, as distribuidoras e transmissoras de energia, empresas e pessoas físicas que exerçam atividades afins também são diretamente influenciadas por eventual declaração de inconstitucionalidade dos artigos que **(a)** enumeram as obras consideradas de utilidade pública, em relação às quais se autoriza a intervenção em APP (artigos 3.º, VIII, b e 11); **(b)** fixam regras acerca das áreas de reserva legal nas áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica (artigo 12, §7.º); e **(c)** tratam da regularização de APPs e áreas de reserva legal (artigo 61-A).

19. Devidamente justificado o ingresso da ABCE nas ADIs como *amicus curiae*, pede vênia a ABCE para demonstrar, a seguir, as razões, pelas quais os dispositivos impugnados pela Procuradoria-Geral da República não padecem de inconstitucionalidade.

III. O CONTEXTO E A EVOLUÇÃO DA LEI FEDERAL N.º 4.771/1965

20. O exame de constitucionalidade dos dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/2012 necessariamente depende do conhecimento do contexto histórico, político, econômico e social e da situação do País na época em que editada a Lei Federal n.º 4.771/1965. Isto porque, muito embora indiscutível a relevância do revogado Código Florestal, a edição da Lei Federal n.º 12.651/2012 fez surgir o mito de que se estava diante de uma lei pró-ambiente ou ambientalmente perfeita e que sua revogação trouxe prejuízo à sociedade, o que não é real.

21. A história de nossa legislação florestal, especificamente dos Códigos Florestais de 1934 e 1965, demonstra que, ao contrário do que muitas vezes se sustenta, as normas atualmente denominadas de “normas de proteção ambiental” foram criadas com finalidades econômicas, visando assegurar a produção de madeira, de produtos e subprodutos florestais e promover o desenvolvimento econômico e o abastecimento da indústria.

22. A edição do Código Florestal de 1934 deu-se em período

conturbado, marcado pelo *crack* da bolsa de Nova York e, conseqüentemente, na época, em que "*amplo debate se estabeleceu em torno da questão do desenvolvimento do país e sobre o melhor percurso a ser trilhado para a superação, não só da crise, mas também do 'atraso' em relação aos países capitalistas avançados*".¹⁴

23. A intervenção estatal na economia passou a ser mais intensa e, para que esse modelo intervencionista pudesse ser operacional, foi necessário alterar a legislação. Nesse contexto, o Código Florestal de 1934 foi criado pela necessidade de estimular a produção madeireira e de produtos e subprodutos florestais, sempre buscando assegurar o acesso aos recursos naturais, fonte de matéria-prima e energia, necessárias ao desenvolvimento do País¹⁵. O Código Florestal de 1934 não foi concebido, portanto, a partir da consciência coletiva preservacionista. Como se viu, o que ocorreu foi justamente o contrário.

24. O Código Florestal de 1965, Lei Federal n.º 4.771/1965, revogada pela Lei Federal n.º 12.651/2012, por sua vez, foi editado durante a Ditadura Militar, justamente quando se priorizou o crescimento econômico, a ocupação da Amazônia¹⁶ e as grandes obras de infraestrutura, como Itaipu. Fez-se vista grossa aos potenciais impactos ambientais causados pela implementação das obras de infraestrutura necessárias ao crescimento econômico e social.

25. Ao longo dos anos e muitas vezes por impulso, sem planejamento adequado e tão somente para que se apresentassem respostas imediatas a críticas, a Lei Federal n.º 4.771/1965 passou por profundas alterações. A Medida Provisória n.º 1.511, de 1996, por exemplo, que alterou a redação original da lei e inicialmente ampliou os percentuais de reserva legal na Amazônia Legal, foi editada assim que registrados índices recordes de desmatamento na Amazônia¹⁷.

¹⁴ CAPELATO, Maria Helena. O Estado Novo: o que trouxe de novo? In: ANTUNES, Paulo de Bessa. Comentários ao novo código florestal – atual. De acordo com a Lei nº 12.727/12. São Paulo: ed. Atlas, 2013, p. 14.

¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Comentários ao novo código florestal – atual. De acordo com a Lei nº 12.727/12. São Paulo: ed. Atlas, 2013, p. 15

¹⁶ Vide como exemplo Leis Federais n.ºs 5.173/1966 e 5.174/1966.

¹⁷ EM DISCUSSÃO! Revista de audiências públicas do Senado Federal, ano 2, n. 9, dez. 2011, p.19. Disponível em: www.senado.gov.br.

26. A resposta ao desmatamento foi imediata, mas não necessariamente proporcional, já que não avaliou suas razões ou buscou efetivas formas de coibi-las, mas, simplesmente, optou-se pela ampliação dos percentuais das áreas de reserva legal, o que não solucionaria, evidentemente, a questão dos altos índices de desmatamento.

27. A Medida Provisória n.º 1.511-96 foi convertida em diversas outras Medidas Provisórias e desvirtuou-se de seu intuito inicial. Passou a disciplinar, entre outros, temas relacionados ao zoneamento e a hipóteses de supressão de vegetação nativa, convertendo-se, por fim, na Medida Provisória n.º 2.166, de 2001, reeditada 67 vezes e convertida em lei sem jamais ter sido votada¹⁸. As alterações introduzidas pela Medida Provisória na Lei Federal n.º 4.771/1965 permaneceram vigentes até sua revogação pela Lei Federal n.º 12.651/2012.

28. No curso dos anos, outras leis alteraram a Lei Federal n.º 4.771/1965, como se mencionou, muitas vezes para se oferecer respostas imediatas a situações sensíveis, muito mais do que promover a conservação do meio ambiente. Em tais circunstâncias, o legislador buscou soluções nem sempre proporcionais, restringindo demasiadamente direitos afetados pelas regras de conservação e proteção ambiental.

29. Em síntese, não é possível afirmar que a Lei Federal n.º 4.771/1965 teria sido inicialmente concebida com o intuito assegurar, de forma equilibrada, o desenvolvimento nacional e a preservação do meio ambiente e, muito embora ao longo dos anos tenha o legislador tentado reverter esse cenário, o que se viu foram certas restrições cada vez mais desproporcionais a direitos fundamentais, ora em prejuízo do meio ambiente, ora em prejuízo do desenvolvimento social e econômico, da livre iniciativa, do direito de propriedade e da liberdade. É nesse cenário, como a ABCE deixará claro adiante, que se justificou a revisão legislativa da Lei Federal n.º 4.771/1965, para o estabelecimento de novo e desta

¹⁸ Conforme artigo 2,º da Emenda Constitucional n.º 32, de 2001.

feita adequado, necessário e proporcional marco florestal, por meio de legítimas e constitucionais escolhas feitas pelo legislador, materializadas na Lei Federal n.º 12.651/2012.

IV. OS DEBATES QUE PRECEDERAM A LEI FEDERAL N.º 12.651/2012 E AS JUSTIFICADAS ESCOLHAS DO LEGISLADOR

30. A Lei Federal n.º 12.651/2012 não é fruto de aventura do legislativo. Foi precedida de amplos debates com representantes da iniciativa privada e do Poder Público e de discussões que tramitaram no Congresso Nacional por mais de uma década.

31. As escolhas do legislador, todas devidamente fundamentadas, como se verá no item **V**, buscaram conciliar o direito ao meio ambiente equilibrado com o direito ao desenvolvimento, à livre iniciativa, à liberdade e à propriedade. É o que a ABCE passa a demonstrar em detalhes a seguir.

32. Em 1999 o Deputado Sérgio Carvalho apresentou o Projeto de Lei n.º 1.876, que contava com 34 artigos e visava substituir a Lei Federal n.º 4.771/1965. O Projeto decorreu da necessidade de sanar vícios da Lei Federal n.º 4.771/1965, que muito embora reconhecida como "*referência da legislação florestal*", era tida como de difícil aplicação. Nas palavras do Deputado Sérgio Carvalho: "*parte do obstáculo à fiel execução da lei deve-se ao aspecto formal, uma vez que o Código Florestal apresenta dispositivos de difícil entendimento e por vezes contraditórios entre si. Tal fato foi agravado por algumas alterações as quais, na maior parte, não tiveram a preocupação de manter a coerência do texto legal.*"¹⁹

33. Ao Projeto de Lei n.º 1.876/1999 foram apensados os subsequentes Projetos n.ºs 4.524/2004, 4.091/2008, 4.395/2008, 4.619/2009, 5.226/2009, 5.367/2009, 5.898/2009, 6.238/2009, 6.313/2009 e 6732/2010. Entre estes, o Projeto n.º 5.367/2009 previa a instituição do Código Ambiental Brasileiro e, entre outras questões, também a revogação da Lei Federal n.º 4.771/1965. Foi tal Projeto que

¹⁹ Texto disponível em <http://imagem.camara.gov.br>.

justificou a criação, em 2009, da Comissão Especial para analisar os 11 projetos que tratavam da modificação da Lei Federal n.º 4.771/1965.

34. O Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 1.876/1999 começou a ser elaborado em 2009, sob relatoria do Deputado Aldo Rebelo, foi enviado ao Senado Federal com a **aprovação de 410 dos 513 Deputados Federais**²⁰, isto após realizadas diversas reuniões deliberativas e audiências públicas em vários Estados²¹, das quais participaram representantes do Poder Público e da iniciativa privada, incluindo representantes da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF, da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA, da Universidade de Brasília, da Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Pernambuco, de cooperativas, de sindicatos rurais, da Articulação Nacional de Agroecologia – ANA, de órgãos estaduais de meio ambiente, do Instituto para Preservação da Mata Atlântica, do Instituto Socioambiental - ISA, bem como doutrinadores como Paulo Affonso Leme Machado, ambientalistas, advogados, agricultores, Secretários Estaduais de Meio Ambiente, Deputados Estaduais, Governadores, Prefeitos, Procuradores de Justiça, entre outros.

35. No Senado, o Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 1.876/1999 foi identificado como Projeto de Lei da Câmara (“PLC”) n.º 30/2011, tramitou por diversas Comissões, ganhou novos contornos, após outras reuniões e audiências públicas, e foi remetido novamente à Câmara dos Deputados, onde foi proferido, em Plenário, Parecer ao Substitutivo do Senado Federal, concluindo pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do Projeto e, no mérito, pela aprovação do Substitutivo e rejeição de alguns dispositivos²².

²⁰ EM DISCUSSÃO! Revista de audiências públicas do Senado Federal, ano 2, n. 9, dez. 2011, p. 13. Disponível em: www.senado.gov.br.

²¹ Conforme Parecer do relator Deputado Federal Aldo Rebelo ao Projeto de Lei n.º 1.876/1999 e projetos apensados. Texto disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=777725&filename=SBT+1+PL187699+%3D%3E+PL+1876/1999.

²² http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=17338.

36. Ao todo, foram realizadas mais de 100 audiências públicas²³ na Câmara dos Deputados e no Senado Federal até a sanção presidencial da lei, em maio de 2012.

37. A Presidente da República vetou a redação de certos dispositivos e, pela Medida Provisória n.º 571, de 25 de maio de 2012, alterou a redação de outros. A Medida Provisória n.º 571/2012 foi votada, alterada e convertida na Lei Federal n.º 12.727/2012.

38. Tudo isso demonstra que a Lei Federal n.º 12.651/2012 não é apenas resultado de rigoroso processo legislativo e de intenso debate com a sociedade, mas reflete o real interesse desta, na medida em que aprovada pela imensa maioria dos parlamentares, democraticamente eleitos para representar os interesses dos cidadãos. O processo de formação legislativa, pilar do Estado Democrático de Direito, foi em seu todo observado.

39. A Lei Federal n.º 12.651/2012, reitera-se, como resultado de intensos e democráticos debates no Congresso Nacional, não é uma conquista imprevista, de risco, fruto do acaso, na qual se lançou o legislador, mas alternativa necessária para que se alcancem os objetivos da República. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a certeza do desenvolvimento nacional (artigo 3.º, I e II, da Constituição Federal) são princípios garantidos pela Lei Federal n.º 12.651/2012, que concilia os direitos fundamentais e corrige desproporcionalidades da lei que revoga, prejudiciais exatamente à persecução desses objetivos, sem prejuízo da conservação e recuperação florestal, na forma como estabelecidas na lei.

40. Ademais, não disciplinou a Lei Federal n.º 12.651/2012 matéria que não fosse a ela reservada. A constitucionalidade formal da Lei Federal n.º 12.651/2012 é patente, tanto que sequer foi questionada pela Procuradoria-Geral da República.

²³ EM DISCUSSÃO! Revista de audiências públicas do Senado Federal, ano 2, n. 9, dez. 2011, p. 13. Disponível em: www.senado.gov.br.

41. Feitos esses esclarecimentos, a ABCE demonstrará que os dispositivos impugnados da Lei Federal n.º 12.651/2012 não padecem também de inconstitucionalidade material ou de qualquer outro vício que macule sua vigência e eficácia.

V. A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS

(i) A proporcionalidade como método de controle de constitucionalidade e a função conferida ao legislador

42. A constitucionalidade das regras da Lei Federal n.º 12.651/2012 não depende apenas da observância do rigor formal de seu processo legislativo, mas associa-se, também, à sua proporcionalidade. Isto não é novo²⁴.

43. A proporcionalidade de uma norma reside em sua adequação, necessidade e sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito, três etapas que devem ser obrigatória e sucessivamente percorridas²⁵.

44. ROBERT ALEXY²⁶ ensina que a medida é *adequada* se o meio promover ou fomentar o fim; *necessária* se o meio escolhido for aquele que, entre tantos outros, menos restringir o direito fundamental; e *proporcional em sentido estrito* se o peso atribuído a cada direito

²⁴ “Concluo o meu voto: atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente, de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas conferências internacionais (a “Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992”, p. ex) (...)”

Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (...)” (STF, Tribunal Pleno, ADI 3540 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.9.2005, por maioria).

²⁵ Nesse sentido veja-se ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 116/120

²⁶ Vide nota de rodapé anterior

colidente no caso concreto for apropriado, isto é, se os motivos que justificam a adoção da medida possuem peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental.

45. Muito embora a proporcionalidade de uma norma não se limite ao controle, pelo Judiciário, do correto sopesamento dos direitos colidentes realizado pelo legislador, pode-se dizer que essa é a etapa mais sensível da proporcionalidade a ser percorrida diante da necessidade de se considerar a vontade do legislador para que não se interfira em sua esfera de discricionariedade a ele constitucionalmente assegurada. O Ilustre Ministro GILMAR MENDES já se manifestou em trabalho doutrinário a esse respeito, assim como a jurisprudência o fez²⁷:

“A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritas incidentes sobre determinados valores básicos – passa a depender, essencialmente da observância de determinados requisitos que pressupõem ‘não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)’, de tal modo que ‘Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de se resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e **os objetivos perseguidos pelo legislador (...)**’.”²⁸

TRIBUTÁRIO. IPI. AÇÚCAR. DECRETO 4070/01. ALÍQUOTA. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A alíquota de cinco por cento prevista para o IPI incidente sobre a fabricação de açúcar de cana, nos termos do Decreto nº 4070/01, não ofende o princípio constitucional da seletividade, tampouco a legislação federal pertinente à espécie.

2. Ao Judiciário é vedado legislar positivamente, devendo ser respeitada a discricionariedade do legislador, com o juízo de oportunidade e conveniência pertinente à atividade regulatória do Estado²⁹.

46. É por isso que o controle de constitucionalidade das leis pelo sopesamento deve partir do pressuposto de que as opções feitas pelo

²⁷ Nesse sentido DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 168 e ss.

²⁸ Gilmar Mendes. “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in Repertório IOB de Jurisprudência, nº 23/94. p. 475

²⁹ TRF4, 2.ª T., MAS n.º 2002.70.03.000701-9, Rel. Des. DIRCEU DE ALMEIDA SOARES, j. 29.4.2003, v.u.

legislador devem ser respeitadas quando há efetiva possibilidade de escolha entre alternativas ou quando a opção do legislador não contrariar diretamente o texto constitucional³⁰. Pertinentes, portanto, as conclusões de DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS quanto a essa esfera de discricionariedade do legislador, que deve ser respeitada, mas não invalida, como já sustentado, o controle de constitucionalidade pelo Judiciário pela ponderação:

“Na realidade, quando a interpretação do direito vigente não oferece resposta concreta sobre um problema (exemplo: a Constituição Federal não indica quais requisitos deve satisfazer um turista indiano para poder entrar no Brasil, tendo deixado essa questão ao poder discricionário do legislador ordinário), a decisão depende de uma opção política, isto é, das preferências dos legisladores em relação a valores, finalidades, imperativos sociais etc.

Faz parte da competência *exclusiva* do legislador decidir em favor deste ou daquele valor, não cabendo ao aplicador do direito legislado decidir de maneira diferente. Se o fundamento da proporcionalidade em sentido amplo não é o princípio do Estado de direito, mas sim o vínculo do legislador aos direitos fundamentais, a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito encontra respaldo no princípio do Estado de direito (império da lei), assim como no princípio democrático e no princípio democrático-funcional.

(...)

Terceiro, entre todas as autoridades estatais, o legislador ordinário é o primeiro concretizador da Constituição e, conseqüentemente, o órgão que possui o maior poder discricionário de tomada de decisões com critérios políticos, não podendo as demais autoridades estatais contrariar suas decisões por simples motivo de discordância ou inconveniência política (que pode também se apresentar como discordância moral, científica, estética etc.).

(...) O órgão jurisdicional controla a observância dos parâmetros formais e materiais da decisão política, os quais são oferecidos pela Constituição, não podendo fazer política fora de seu âmbito de competência. Essa é uma regra constitucional absoluta que não admite exceções (art. 1.º, parágrafo único c.c. o art. 2.º, ambos da CF).

(...)

³⁰ Nesse sentido DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 168 e ss.

O exame de proporcionalidade e a hermenêutica constitucional em geral devem respeitar suas próprias limitações, evitando intervir no campo do poder discricionário do legislador. O Poder Judiciário não é um legislador que decide politicamente em instância recursal. Ele só pode modificar a decisão legislativa se houver um argumento racional, o qual permita fundamentar a incompatibilidade entre a lei e a Constituição.³¹

47. Assim, neste caso, o exame de constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/2012 deve pautar-se na realização de um controle consciente e cauteloso do sopesamento, respeitando-se, sempre, as escolhas justificadas e embasadas do legislador.

48. A ABCE já teve a oportunidade de demonstrar que a redação da Lei Federal n.º 12.651/2012 foi precedida de intensos debates entre deputados, senadores, representantes do Poder Público, de setores da ciência, de Organizações Não Governamentais, da iniciativa privada, ambientalistas, ruralistas etc. O processo legislativo percorreu todos os trâmites necessários e as mais de 100 audiências públicas realizadas demonstram que o tema foi objeto de intensos debates.

49. Tudo isto significa que as decisões feitas pelo legislador foram devidamente embasadas e, nos casos em que eventualmente existentes posições distintas acerca do mesmo assunto, coube ao legislador, no legítimo exercício de sua função constitucional, fazer a escolha que entendeu ser a mais acertada à sociedade. Essas questões ficarão mais claras no item **V (iii)** abaixo, quando a ABCE demonstrar a constitucionalidade material de cada um dos dispositivos impugnados pela Procuradoria-Geral da República.

(ii) Esclarecimentos necessários acerca da proibição do retrocesso ambiental

50. A proibição do retrocesso ambiental, no entendimento da Procuradoria-Geral da República, *princípio da proibição do retrocesso ambiental*, é invocada nas ADIs como um dos fundamentos que

³¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 177, 178, 216 e 217.

justificariam a declaração de inconstitucionalidade, entre outros, dos artigos 4.º, III, §§1.º e 4.º, 5.º, 11, 12, §7.º, 61-A e 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012, de suas expressões ou ainda sua interpretação nos moldes pleiteados pela Procuradoria. De acordo com a Procuradoria-Geral da República, "*as normas impugnadas violam o princípio da vedação de retrocesso social, pois, de forma geral, estabelecem um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente*"³².

51. A existência de uma vedação do retrocesso é controversa, já que limitar a atuação do legislador com base em *instituto* que não se extrai expressamente da Constituição Federal e interfere na liberdade de conformação do legislador e na independência dos Poderes, violando os artigos 1.º, parágrafo único e 2.º da Constituição Federal, não pode ser aceita.

52. Ainda que assim não se entenda, o que se admite apenas por argumento, deve-se verificar que, mesmo entre os que admitem a existência da proibição do retrocesso em nosso sistema, não há pleno consenso. As discussões em torno de sua natureza jurídica (princípio constitucional implícito ou modalidade de eficácia de princípios fundamentais)³³ e abrangência, o que inclui **aplicabilidade estrita** aos **direitos sociais** consagrados em normas definidoras de direitos, em que o instituto foi concebido, são exemplos disso³⁴:

"11. O *retrocesso social* se traduz no descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzido na violação do dever jurídico concreto de editar as leis que regulamentam as normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

(...)

14. Não se pode falar em proibição de retrocesso genérica, em oposição a uma modalidade específica, voltada para as normas definidoras de direitos

³² O trecho repete-se nas três ADIs.

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁴ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 296/297

sociais, tendo em vista que:

a) as normas constitucionais de organização não veiculam *imposições legiferantes*, próprias do bloco constitucional dirigente, mas meras ordens de legislar,

b) no que concerne às normas constitucionais definidoras de direitos de liberdade ou direitos políticos, convém observar que, em regra, tais normas possuem suficiente densidade normativa, prescindindo, pois, de lei que as concretize (ou seja, que lhes confira maior densidade normativa);

c) mesmo quando algumas normas definidoras dos direitos fundamentais de primeira geração eventualmente exijam regulamentação infraconstitucional, a proibição de sua revogação se dá com fundamento em outros princípios, com elementos finalísticos distintos;

d) as normas programáticas não reclamam, propriamente, concretização legislativa, limitando-se a deixar a regulamentação de determinadas matérias a cargo do legislador, fundamentar o exercício de suas competências e definir finalidades para a atividade legiferante, sem, no entanto, estabelecer um dever concreto de legislar.”

53. A questão não é portanto simples, e, mesmo que se reconheça uma vedação implícita do retrocesso ambiental em nosso sistema, não pode ela ser analisada sob uma única e ingênua perspectiva como, respeitosa, se propôs a fazer nas ADIs a Procuradoria-Geral da República.

54. Entre os adeptos da proibição do retrocesso defende-se que esta pressupõe que, após atingindo certo grau de densidade dos direitos fundamentais, que dependem de atividade legislativa (regulamentação) para produzir plena eficácia, não pode a norma, concedente de tal densidade ao direito, ser simplesmente revogada ou excessivamente restringida. Confirmam-se os ensinamentos de LUÍS ROBERTO BARROSO e JOSÉ VICENTE DOS SANTOS MENDONÇA³⁵:

“Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais,

³⁵ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 12 – Direitos Fundamentais, p. 205/236, p. 219.

sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. **Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada.** A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”.³⁶

“Uma vez tornada plenamente aplicável determinada norma constitucional pela edição da legislação infraconstitucional necessária para lhe completar o sentido e densificar o conteúdo, esta legislação não poderia ser simplesmente revogada: poderia, sim, ser substituída por outra, mas nunca se cogita em retirar à norma constitucional a plena eficácia conquistada.”

55. Assim, a proibição do retrocesso só pode ser admitida para tutela do direito fundamental ao meio ambiente, na medida em que **(a)** reconhecida como regra de valoração, ou seja, elemento de fixação de regras infraconstitucionais a partir da valoração de determinados princípios constitucionais, para sua materialização em lei, observados princípios outros, eventual ou potencialmente colidentes, de forma que o exercício da formulação legislativa, em um Estado Democrático, garanta a materialização dos princípios constitucionais de forma harmônica com princípios outros, evitando a supressão da legislação que dá materialidade a um princípio sem que outra, ainda que com outro sopesamento, seja editada; por outros termos, valorar, aqui, pela proibição do retrocesso, é evitar que se deixe determinado princípio sem materialização por meio de lei, observado o grau dessa materialização por meio do processo legislativo democrático; e **(b)** o direito fundamental ambiental sob revisão legislativa tenha sido regulamentado em sede infraconstitucional e não padeça de qualquer vício de inconstitucionalidade, o que inclui a proporcionalidade da norma, isto é, sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

56. Cabe aqui ressaltar um ponto: afirmar que o proibir o retrocesso seria não admitir a revogação de determinada lei, ou mesmo a flexibilização ou atenuação dos mecanismos que criou, é negar a

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed., Ed. Saraiva. 2008. pp. 379/380.

essência do Estado Democrático de Direito, do qual é parte essencial o poder de revisão não apenas das leis em sentido estrito, mas também a revisão mesmo do texto constitucional, para o quê se prestam as PECs. Negar a possibilidade de revisão do Código Florestal de 1965, como se fez e aqui se discute, é dizer que ao Legislativo já não seria possível legislar sobre tema acerca do qual tal exercício já tenha sido uma vez realizado: é negar o regime democrático!

57. Com razão, só faz sentido falar em proteção de uma norma infralegal pela proibição do retrocesso se tal norma foi e continua sendo o resultado do positivo teste de proporcionalidade³⁷.

58. O dinamismo da vida e das atividades reguladas pelo direito sugere, evidentemente, que também as normas possam e devam ser revistas e atualizadas, até porque medidas antes definidas como adequadas e necessárias podem não mais o ser e, em virtude das circunstâncias históricas e do momento, o peso atribuído a cada direito colidente na regulação da matéria precise ser revisto.

59. Em circunstâncias tais, a supressão de uma norma do sistema ou sua substituição por outra, assim como sua proporcional restrição no momento de revisão legislativa, não viola a proibição do retrocesso e é por isso que este instituto, uma vez reconhecido, aplica-se a hipóteses excepcionais e mais não é, conforme VIEIRA DE ANDRADE “que a garantia da realização do conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional –, bem como o limite de protecção da confiança (...) apenas na medida em que proíbe o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do `retrocesso’”³⁸.

60. A Lei Federal n.º 12.651/2012 não extingue qualquer instituto antes previsto na Lei Federal n.º 4.771/1965. APPs e áreas de reserva legal, tratadas nesta peça, continuam a existir, mas, desta vez, sob novo e mais apropriado regime.

³⁷ Acerca do assunto vide “Direito ao meio ambiente e proibição do retrocesso”, dissertação apresentada em 2013 à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de mestre por Paula Susanna Amaral Mello.

³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 381/382.

“A incidência da proibição do retrocesso, assim, ocorreria se a Lei 4.771/1965 tivesse sido *meramente revogada*, deixando-se um ‘vazio’ legislativo onde antes havia direitos protegidos. No entanto, o novo Código Florestal substituiu o antigo, apresentando uma nova política ambiental que está igualmente amparada pela Constituição. É o que conclui Marcelo Buzaglo Dantas:

‘Ora, tendo a Lei 12.651/2012 substituído integralmente a Lei 4.771/1965 e adotado uma nova política florestal para o Brasil é de se afastar, por completo, a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico, que, repita-se, somente seria aplicável se tivesse havido apenas a revogação do Código antigo, sem a necessária adoção de um novo regime’.

Em decorrência do caráter não absoluto do princípio, o contraste feito entre a situação jurídica anterior e a nova exige ponderação, obrigando o legislador a sopesar princípio quando da edição de uma nova lei. Como já dito, exatamente isso foi feito no caso, levando-se em consideração um melhor aproveitamento da propriedade rural. Isso não significa, automaticamente, uma desatenção ecológica: esses dois aspectos – de proveito econômico e de direito ambiental – não são diametralmente opostos.

Desse modo, uma norma deve ser considerada regressiva apenas quando o grau de efetividade de um direito veiculado pela nova norma resulte inferior àquele que já havia sido alcançado anteriormente. Da mesma forma, ‘determinado ato administrativo que culminasse por *reduzir em demasia* a estrutura administrativa hoje existente para a tutela ecológica, impossibilitando a fiscalização e a adoção de políticas públicas ambientais de modo minimamente suficiente para salvaguardar tal direito fundamental, estaria por violar a proibição do retrocesso ecológico. Isso, no caso, não ocorreu.

As principais inovações do novo Código Florestal, especificamente as que importam ao presente parecer, dizem respeito às maneiras de que dispõe o proprietário ou o possuidor para instituir ou recompor áreas de reserva legal. A instituição ou recomposição em si (o grau de efetividade de que é a razão de ser a reserva legal), no entanto, permanece obrigatória e seu cumprimento (embora mediante um leque de opções maior) é, como na lei anterior, uma exigência de direito ambiental. **Por isso mesmo é que não houve retrocesso, materialmente. Muito pelo contrário, o que há é uma harmonização maior entre o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente, sem que se contraponham esses direitos como se fossem antinomias um do outro**³⁹.

³⁹ ARRUDA ALVIM. *A incidência de novas normas ambientais em hipótese de haver ou não haver processos em curso*. Revista de processo 219, 2013, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 362-363. Grifos nossos.

61. Assim, a Lei Federal n.º 12.651/2012 e os dispositivos impugnados pela Procuradoria-Geral da República não violam a proibição do retrocesso. São frutos de revisão proporcional de normas, conforme ficará claro no item **V (iii)** seguinte.

(iii) Os dispositivos impugnados nas ADIs

(a) Dispositivos impugnados na ADI n.º 4.901

(a.1.) Artigo 12, §7.º

62. A ADI 4.901 busca declarar a *"inconstitucionalidade da dispensa de constituição de reserva legal por empreendimentos de abastecimento público de água e tratamento de esgoto, bem como por detentores de concessão, permissão ou autorização para explorar energia elétrica e nas áreas adquiridas ou desapropriadas para implantação e ampliação da capacidade de ferrovias e rodovias (art. 12, § 6º, § 7º e §8º)."*

63. Argumenta a Procuradoria-Geral da República que **(a)** a dispensa de constituição de reserva legal constituiria *"redução indevida e injustificada do padrão de proteção ambiental"*; **(b)** a justificativa para a existência de reserva legal seria *"a localização do imóvel em zona rural, independentemente da atividade a ser exercida."* Partindo da premissa de que a eventual implantação desses empreendimentos provocaria a redução das áreas com vegetação nativa que seriam mantidas como reserva legal e as funções ecossistêmicas das propriedades afetadas, **(c)** caberia ao órgão ambiental exigir *"compensação, mediante a preservação de área equivalente, ainda que isso demande a aquisição de outras áreas."*

64. Com base nessas premissas equivocadas, infere a Procuradoria-Geral da República que a previsão de dispensa de constituição de reserva legal violaria exigência constitucional de reparação dos danos causados, o dever geral de proteção ambiental previsto no artigo 225 da Constituição Federal e a função social da propriedade, além de representar suposto retrocesso em matéria socioambiental.

(a.1.1.) O instituto da Reserva Legal

65. De início, a fim de se demonstrar a constitucionalidade do artigo 12, §7.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012⁴⁰, cumpre entender como o instituto da reserva legal foi instituído e encontra-se atualmente regulamentado na legislação brasileira, para, a partir disto, ponderar como não é possível se chegar a conclusão outra senão a da constitucionalidade de não se exigir a sua constituição com relação aos imóveis utilizados para a prestação de serviço essencial e de utilidade pública consistentes na geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

66. Durante o Brasil Colônia foram editadas as primeiras ordens reais envolvendo matéria florestal. Mais especificamente, em 1698 a Coroa Portuguesa proibiu a criação de sesmarias em áreas que pudessem fornecer matéria-prima e somente os governadores, devidamente assessorados, podiam autorizar a supressão de vegetação. A preocupação principal era assegurar madeira naval à Coroa Portuguesa⁴¹.

67. As reservas legais foram criadas nesse contexto de manutenção de suprimento e, portanto, revestidas de caráter econômico. Como consequência, um sexto das propriedades, ocupadas por florestas, deveriam ser preservadas para eventual corte necessário em atendimento às demandas de Portugal.

68. Dessa forma, tinham as reservas função econômica e não de preservação ambiental, o que é refletido no próprio Código Florestal de 1935⁴². Com a edição da Medida Provisória nº 2.166-67/01, incorporada

⁴⁰ Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:

(...)

§ 7º Não será exigido Reserva Legal relativa às áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, nas quais funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações ou sejam instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

⁴¹ DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 151.

⁴² Decreto nº 23.793/35. "Art. 23. Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente, salvo o disposto nos arts. 24, 31 e 52."

ao Código Florestal de 1965, a reserva legal passou a ter por função assegurar o uso sustentável dos recursos naturais, a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos, a conservação da biodiversidade e o abrigo e proteção de fauna e flora nativas⁴³.

69. Com a edição da Lei Federal n.º 12.651/2012, a reserva legal foi definida, em seu artigo 3º, inciso III, como *"área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa."*

70. A reserva legal é uma limitação administrativa, em caráter especial, que recai sobre o proprietário ou sobre aquele que detém a posse do imóvel rural, somente naqueles casos expressamente previstos em lei, que pressupõem o preenchimento de determinados requisitos. Por consequência, deve ser declarada a constitucionalidade do artigo 12, §7.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012, que não exigiu a reserva legal em relação a empreendimentos de energia elétrica, porquanto não afrontou qualquer comando constitucional, conforme demonstrado a seguir.

(a.1.2.) Imóveis utilizados para atividades de utilidade pública não são imóveis rurais

71. Nos termos do já mencionado artigo 3.º, III, da Lei Federal n.º 12.651/2012, a obrigação de se reservar um espaço da propriedade à cobertura vegetal é imposta somente aos imóveis rurais, cuja definição é dada pelo artigo 4.º, I, da Lei Federal n.º 4.504/1964 ("Estatuto da Terra"), que assim dispõe:

"Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I - Imóvel Rural: o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se **destina à exploração extrativa agrícola,**

⁴³ "Art. 1º, §2º, III – Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas."

pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada.”

72. Deste modo, somente são consideradas propriedades rurais aquelas destinadas à exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial, nos termos do Estatuto da Terra. Trata-se de **definição de acordo com a funcionalidade e destinação atribuídas ao bem, e não fundada na mera localização geográfica ou no registro do imóvel**, que poderá considerar um imóvel rural independentemente do uso real que venha a ser feito dessa terra. Doutrina e jurisprudência se manifestaram acerca do assunto:

“As terras rurais e os terrenos urbanos têm finalidades diversas e se sujeitam a jurisdições diferentes para a regulamentação de seus usos. As terras rurais, públicas ou particulares, destinam-se originalmente à agricultura e à pecuária, podendo servir a outros usos ou manter-se intocadas para a preservação da flora, da fauna e de outros recursos naturais. Os terrenos urbanos destinam-se precipuamente à edificação residencial ou a construções comerciais e industriais, e só excepcionalmente podem ter essas utilizações vedadas por lei, mediante indenização aos proprietários.”⁴⁴

“O que importa é a possibilidade de exploração agrícola (destinação) podendo encontrar-se o imóvel, quer no ambiente rural, quer dentro do perímetro urbano.

A lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, em seu artigo 6º, conceitua de forma diferente o imóvel rural, valendo o conceito, no entanto, só para os efeitos de incidência do imposto territorial rural.

(...)

Desta forma, o imóvel com mais de um hectare que for utilizado para qualquer fim que não agrícola, não será imóvel rural.”⁴⁵

“1. Caracterizando-se o imóvel rural por sua destinação ou utilização econômica e não pela localização, não se configura a alegação de negativa de vigência ao art. 3º do Ato Complementar nº 45-69 e outras disposições que, vedam ou restringem a sua aquisição por estrangeiros.

2. Alienação de imóveis. Convolução, em principal, do objetivo social que

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Editora Malheiros, São Paulo, 2002, 27ª Edição, p. 484/485

⁴⁵ Rafael Augusto de Mendonça Lima, Critérios jurídicos no Brasil, para utilização dos imóveis rurais, in Direito Agrário, Estudos, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p. 33.

era secundário. Poderes da diretoria de sociedade anônima recusados pelo acórdão recorrido, diante da interpretação do estatuto e da natureza dos atos próprios da administração, sem ferir o disposto nos artigos 90, 94, 104, 105, 119 e 121 do Decreto-lei nº 2.627-40.

3. Divergência jurisprudencial não configurada, tudo culminando em que não se conheça do primeiro Recurso Extraordinário.

4. Substabelecimento simples. O silêncio sobre a cláusula de reserva não exclui a atuação do outorgante, motivo pelo qual, persistindo um advogado em comum aos litisconsortes, não se lhes faculta o prazo em dobro, previsto no art. 191 do Código de Processo Civil. Segundo Recurso Extraordinário de que não se conhece, por intempestivo.”⁴⁶

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. VIOLAÇÃO DO ART. 32, § 1º, DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA. IMÓVEL SITUADO NA ZONA URBANA. ART. 15 DO DECRETO 57/66. CRITÉRIO DA DESTINAÇÃO ECONÔMICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O critério da localização do imóvel é insuficiente para que se decida sobre a incidência do IPTU ou ITR, sendo necessário observar-se o critério da destinação econômica, conforme já decidiu a Egrégia 2ª Turma, com base em posicionamento do STF sobre a vigência do DL nº 57/66 (AgRg no Ag 498.512/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 16.5.2005).

2. Não tendo o agravante comprovado perante as instâncias ordinárias que o seu imóvel é destinado economicamente à atividade rural, deve incidir sobre ele o Imposto Predial e Territorial Urbano.

3. Agravo regimental desprovido.”⁴⁷

73. Assim, a partir do momento em que um imóvel não é utilizado para fins agrícolas, pecuários ou agroindustriais, tal área não corresponde a propriedade rural, nos termos da definição dada pelo Estatuto da Terra. Dessa forma, os imóveis utilizados para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, ou seja, para o fim específico de prestação de serviço de utilidade pública, o são com finalidade absolutamente diversa daquela prevista no artigo 4º do Estatuto da Terra, descaracterizando-os como rurais.

74. Frise-se que, para que um imóvel seja rural, não basta que esteja situado em área rural, pois a mera localização geográfica não lhe garante

⁴⁶ STF, 1ª Turma, RE nº 102.816-5/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 19.6.1987.

⁴⁷ STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP nº 679173/SC, Rel. Min. Denise Arruda, j. 11.9.2007, v.u

que será utilizado para a exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial. A qualificação do imóvel como rural dependerá do atendimento aos requisitos previstos no Estatuto da Terra, sob pena de se ferir o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

75. No irretocável parecer exarado no processo SMA nº 566/2009 – GDOC nº 27699-769490/2009, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, quando instada pelo Secretário-Adjunto da Secretaria do Meio Ambiente e pelo Diretor da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB sobre a exigência de averbação de reserva legal em imóvel ocupado por centro penitenciário, afastou a aplicabilidade da reserva legal em imóveis de domínio público que não estejam destinados à finalidade de exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial⁴⁸.

⁴⁸ “Ao analisar pedido de Parecer Técnico Florestal para implantação do Centro de Detenção Provisória em Limeira, o Departamento de Gestão Ambiental III da CETESB formula consulta ao Departamento Jurídico daquela Companhia, quanto à necessidade de averbação de reserva legal por se tratar de obra pública em área rural (fls. 27).

(...)

Deflui dos artigos supra transcritos que tais diplomas legais elegem o critério da destinação para a caracterização de imóvel como rural. Assim, independente de sua localização geográfica, se determinado imóvel se destina à exploração agrícola, pecuária ou agro-industrial, caracterizada estará sua qualificação como imóvel rural.

(...)

Infere-se, do exposto, que tanto a legislação civil quanto a tributária elegem o critério da destinação para a qualificação de imóvel como urbano ou rural.

Tendo em conta esse enfoque, registre-se que presídios, casas de detenção e demais estabelecimentos públicos congêneres não se destinam, por óbvio, à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, o que afasta, de pronto, a qualificação dos imóveis em que tais estabelecimentos venham a ser instalados como rurais.

(...)

A intenção do legislador, ao determinar a manutenção de área de reserva legal, foi excluir da exploração econômica determinado percentual da área total de cada propriedade ou posse rural, que seria destinado ao manejo sustentável dos recursos naturais e à proteção dos ecossistemas. A destinação pública conferida pela Administração a determinados imóveis não pode ser confundida com exploração econômica ou comercial dos mesmos.

Com isso, conclui-se que a limitação indicada no inciso III do § 2º do artigo 1º da Lei nº 4.771/65 não atinge os imóveis utilizados pela Administração para uma finalidade pública, não podendo ser considerados imóveis rurais em razão unicamente de sua localização geográfica, mas conceituados em sua destinação de acordo com o artigo 4º da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, e artigo 4º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, em conformidade ainda com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no aspecto tributário.

Ante o exposto, pode-se afirmar que a manutenção de área de reserva legal florestal não é exigível de imóveis integrantes do domínio público, havidos como bens de uso especial porque destinados à finalidade pública que não seja a exploração extrativista agrícola, pecuária ou agro-industrial (como, v.g. a construção de presídios e escolas), não incidindo, em tais casos, o artigo 16 da Lei nº 4.771/65.

Com estas considerações, e entendendo que não deve prevalecer o entendimento exarado no Parecer PJ nº 1.195/09/PJM (fls. 28/33), submeto a matéria ao Senhor Procurador Geral do Estado.

Subg. Consultoria, em 11 de dezembro de 2009.

ROSINA MARIA EUZÉBIO STERN

76. Como acertadamente ponderado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, mesmo quando o antigo Código Florestal não enunciava expressamente as hipóteses sobre as quais a reserva legal não recaía, a caracterização de um imóvel como rural já dependia – como de fato depende – do **critério de destinação**. Vale dizer, se determinado imóvel se destina à exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial, caracterizado está o seu enquadramento como imóvel rural. Por isso, imóveis que não se prestam a tais atividades, mas, ao invés, estão ocupados por casas de detenção, escolas ou por empreendimentos energéticos de utilidade pública, não preenchem os requisitos legais para se enquadrar como imóveis rurais e, portanto, não se sujeitam à reserva legal.

77. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul também afastou, com extrema lucidez, o instituto da reserva legal para empreendimentos hidrelétricos, na época em que vigorava o Código Florestal de 1965, ao julgar Recurso de Apelação em Ação Civil Pública ajuizada pelo Município de Santa Rita do Pardo contra a CESP – Companhia Energética de São Paulo:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO-
CERCEAMENTO DE DEFESA – INEXISTENTE – INDENIZAÇÃO EM PECÚNIA
À POPULAÇÃO E AO MEIO AMBIENTE PELA PRIVAÇÃO DOS
ECOSSISTEMAS INUNDADOS – DESCABIMENTO – EXIGÊNCIA DE
AQUISIÇÃO DE ÁREA PARA AVERBAR RESERVA LEGAL –
IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

(...)

No mérito, [o Município] afirmou que a área inundada pela formação do reservatório da Usina Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Mota ocupa cerca de dez por cento do território Municipal e que a área desapropriada para tal fim constitui bem privado da concessionária; assim, em conformidade com os artigos 1º e 16 do Código Florestal, e 225 da Constituição Federal, por explorar economicamente recursos naturais, com supressão de toda a vegetação nativa da área alagada, a empresa requerida deve adquirir e averbar área de reserva legal correspondente a vinte por cento da área de vegetação nativa, ainda que a apelada tenha indenizado as áreas aos

respectivos proprietários particulares.

(...)

O Município de Santa Rita do Pardo interpôs recurso de apelação contra sentença proferida na Ação Civil Pública intentada em desfavor da CESP – Companhia Energética de São Paulo, visando compelir a apelada a adquirir e averbar área de reserva legal, bem como indenizar a população e meio ambiente pela privação da área de reserva legal desde o alagamento.

(...)

Melhor sorte não assiste ao apelante no mérito.

A apelada obteve a concessão estatal para o fornecimento de energia elétrica, razão pela qual foi desapropriada grande área às margens do Rio Paraná, incluindo parte de terras particulares que se encontravam no Município apelante, pois, para a formação do reservatório, haveria o alagamento das áreas ribeirinhas, o que de fato ocorreu.

(...)

O artigo 1º, § 2º, III, da Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o novo Código Florestal, conceitua reserva legal como área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, executada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

Edis Milaré, em sua obra Direito do Ambiente, expõe:

Enfatize-se, para evitar dúvidas, que a Reserva Florestal Legal é uma porção de área de imóvel rural, não obrigatória, portanto, para imóveis localizados na zona urbana ou de expansão urbana. Assim, a exigência de constituição de Reserva Legal só tem cabimento no caso de "parcelamento, para fins agrícolas, de imóvel rural localizado fora de zona urbana ou de expansão urbana", conforme estabelecido no item 4 da Instrução 17-B do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, de 22.12.1980. Tem-se aqui uma relação direta entre uma norma ambiental e uma outra específica de direito agrário.

Pelo que se observa, não se verifica a possibilidade de exigir da apelada adquirir área e averbá-la como reserva legal, já que, não bastasse o alagamento se dar em razão de concessão da União para a prestação de serviço essencial e não exploração agropecuária, não se cogita a hipótese de exigir reserva legal fora

da área da qual se tem a posse ou propriedade.

Não existe exigência legal de se adquirir área fora dos limites daquela de que tenha a posse ou a propriedade para ali fazer constar ser Reserva Legal, já que a mesma, nada mais é, que porção de floresta dentro de propriedade que não se pode desmatar ou deve ser recomposta quando já desmatada.

Consigne-se, ainda, que não se vê a possibilidade de exigir reflorestamento dentro da área alagada.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, de acordo com o parecer ministerial.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM PARECER."⁴⁹

78. Conforme exposto acima, a conclusão inevitável a que se chega pela análise conjunta da legislação florestal e do Estatuto da Terra, corroborada pela doutrina, julgados e parecer de lavra da Procuradoria do Estado de São Paulo, **é de que o conceito de reserva legal não se aplica aos imóveis cuja utilização tenha por finalidade a geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, porquanto tais imóveis não são rurais.**

79. Nesse contexto é que veio o artigo 12, em seu parágrafo 7º, da Lei Federal n.º 12.651/2012, positivar o entendimento uníssono de que o instituto da reserva legal não é exigível de empreendimentos de energia elétrica, eis que o conceito de imóvel rural está vinculado à atividade exercida no imóvel.

80. Exatamente porque não incide a reserva legal em imóveis destinados para atividades de energia elétrica, não há que se cogitar de suposta "*redução indevida e injustificada do padrão de proteção ambiental*", conforme a Procuradoria-Geral da República arguiu na ADI nº 4.901. O argumento padece de sua premissa primeira e única: de que se estivesse de fato reduzindo ou aniquilando uma regra que antes refletisse

⁴⁹ TJMS, 5ª Turma Cível, AC nº 2008.037122-6/0000-00, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 17.12.2009, v.u

a proteção do meio ambiente; não se pode reduzir o que não existia: o instituto da reserva legal não se aplicava, no regime florestal anterior, e segue não se aplicando, a empreendimentos, tais como os de geração, transmissão e distribuição de energia, que escapam à definição de imóvel rural posta no Estatuto da Terra.

(a.1.3.) Do domínio público dos imóveis destinados à prestação de serviço de concessão de energia

81. As áreas a serem utilizadas para a criação do reservatório e o seu entorno, bem como as áreas destinadas à instalação das casas de máquinas, subestações e linhas de transmissão são, a rigor, desapropriadas pelo Estado para o desempenho de um serviço essencial de utilidade pública, no caso a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

82. Em particular, as áreas inundadas transformam-se em reservatórios de água, definidos como bem público, de titularidade da União ou dos Estados.

83. De forma semelhante, as áreas marginais ao reservatório hidrelétrico e/ou utilizadas para a prestação de serviço público são consideradas áreas de domínio público, pois são afetadas para a finalidade específica de atender interesse essencial da sociedade, estando sujeitas, portanto, às regras que garantam a continuidade da prestação do serviço:

“O conceito de domínio público não é uniforme na doutrina, mas os administrativistas concordam em que tal domínio, como direito de propriedade, só é exercido sobre os bens pertencentes às entidades públicas e, como poder de Soberania interna, alcança tanto os bens públicos como as coisas particulares de interesse coletivo.

A expressão domínio público ora significa o poder que o Estado exerce sobre os bens próprios e alheios, ora designa a condição desses bens. A mesma expressão pode ainda ser tomada como o conjunto de bens destinados ao uso público (direto ou indireto – geral ou especial – uti singuli ou uti universi), como pode designar o regime a que se subordina

esse complexo de coisas afetadas de interesse público.”⁵⁰

84. As áreas inundadas e marginais aos reservatórios, assim como os terrenos nos quais as torres e linhas de transmissão estão instaladas, sujeitam-se ao processo de desapropriação, que não pode ser motivado por interesse privado de pessoa física ou organização particular, configurando de forma inequívoca o interesse público que rege a ocupação e utilização dessas áreas.

85. A doutrina é majoritária em sustentar que **a reserva legal incide somente sobre as propriedades de domínio privado**. Assim, as áreas utilizadas para a prestação do serviço de geração, transmissão e energia elétrica não estão sujeitas à obrigação de reservar parte das suas terras à cobertura vegetal, porquanto essas terras estão sob domínio público. Assim entende a doutrina:

“A Reserva Florestal Legal decorre de normas legais que limitam o direito de propriedade, da mesma forma que ‘as florestas e demais formas de vegetação permanente’ previstas, também, na Lei 4.771/65 (Código Florestal). Diferenciam-se no que concerne à dominialidade, pois a Reserva Florestal Legal **dos arts. 16 e 44 Código Florestal somente incide sobre o domínio privado**, sendo que as Áreas de Preservação Permanente incidem sobre o domínio privado e público.”⁵¹

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Editora Malheiros, São Paulo, 2002, 27ª Edição, p. 482/483.

⁵¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 703.

Ver também:

“Vê-se, pois, que a reserva florestal legal incide somente sobre a propriedade privada. Já as áreas de preservação permanente incidem sobre propriedade privada ou pública. A reserva florestal legal é uma limitação ao direito de propriedade consistente em preservar um dos elementos essenciais do meio ambiente, que é a flora (art. 225, caput, da CF).” (SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 187

“Importante salientar que a reserva legal incide sobre o domínio privado distinguindo-se assim das áreas de preservação permanente, que incidem tanto sobre as áreas de domínio público quanto sobre áreas particulares e, ainda, de determinados tipos de espaços territoriais ambientalmente protegidos definidos pela Lei 9.985/2000, que institui o sistema nacional de unidades de conservação, como espaços territoriais obrigatoriamente sob domínio público, como os parques, as estações ecológicas, e as reservas biológicas.” (Ana Maria de Oliveira Nusdeo. “A compensação de reserva legal através de contrato de arrendamento e os incentivos à proteção florestal” in Revista de Direito Ambiental. N.48, outubro-novembro 2007. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, ano 12, p. 30-45 – ênfase no original).

“A Reserva Legal, prevista nos arts. 16 e 44 do Código Florestal, consiste na destinação de uma porção contínua de cada propriedade rural para preservação da vegetação e do solo. Assim, no

86. Deste modo, **a criação da reserva legal sobre a área total do empreendimento não pode ser exigível, por se tratar de instituto característico das propriedades privadas**⁵².

87. Nesse sentido caminha a jurisprudência antes mesmo de o tema ser tratado com a clareza da Lei Federal n.º 12.651/2012:

“DIREITO AMBIENTAL – CONSTITUIÇÃO DE RESERVA LEGAL – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – IMPOSIÇÃO EM TODA E QUALQUER PROPRIEDADE RURAL INDEPENDENTE DE EXISTÊNCIA DE FLORESTA OU VEGETAÇÃO NATIVA – NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEVASTADA – INTERPRETAÇÃO QUE SE AMOLDA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL QUE ASSEGURA A TODOS, INCLUSIVE ÀS FUTURAS GERAÇÕES, O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

(...)

A reserva legal compõe parte de terras de **domínio privado** e constitui verdadeira restrição do direito de propriedade, não sendo, portanto, indenizável. A Lei nº 4.771/65 não deixa dúvidas de que o proprietário é responsável por danos ocorridos em seus domínios, não havendo distinção entre danos praticados por atos próprios ou por terceiros. Disso conclui-se

restante da propriedade ficam permitidas a exploração e supressão, mediante prévia autorização do IBAMA, das florestas sob o domínio de particulares, desde que não enquadradas no regime de preservação permanente ou em qualquer outro regime de proteção estabelecido por ato normativo específico” (MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina – prática – jurisprudência – glossário, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149)

⁵² O já citado Parecer de lavra da Procuradoria Geral do Estado é categórico quanto à incidência do instituto da reserva legal somente com relação aos imóveis de domínio particular. Confira-se:

“Como afirma Anizio Pires Gavião Filho, a limitação administrativa é uma imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, da qual resulta apenas o condicionamento do exercício dos direitos e das atividades dos particulares às exigências de interesse do bem-estar social, podendo incidir sobre a propriedade privada”

(...)

A intenção do legislador, ao determinar a manutenção de área de reserva legal, foi excluir da exploração econômica determinado percentual da área total de cada propriedade ou posse rural, que seria destinado ao manejo sustentável dos recursos naturais e à proteção dos ecossistemas. A destinação pública conferida pela Administração a determinados imóveis não pode ser confundida com exploração econômica ou comercial dos mesmos.

Com isso, conclui-se que a limitação indicada no inciso III do § 2º do artigo 1º da Lei nº 4.771/65 não atinge os imóveis utilizados pela Administração para uma finalidade pública, não podendo ser considerados imóveis rurais em razão unicamente de sua localização geográfica, mas conceituados em sua destinação de acordo com o artigo 4º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, em conformidade ainda com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no aspecto tributário.

Ante o exposto, pode-se afirmar que a manutenção de área de reserva legal florestal não é exigível de imóveis integrantes do domínio público, havidos como bens de uso especial porque destinados à finalidade pública que não seja a exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial (como, v.g., a construção de presídios e escolas), não incidindo, em tais casos, o artigo 16 da Lei nº 4.771/65.” (ênfase no original - doc. anexo, de nº 3)

que a aquisição da propriedade sem a delimitação da reserva legal não exige o adquirente da obrigação de recompor tal reserva.”⁵³

88. Portanto, uma vez caracterizado o interesse público das áreas utilizadas para a prestação de serviços de utilidade pública de energia elétrica, e porque a reserva legal é oponível somente às propriedades privadas, deve ser mantida a constitucionalidade do artigo 12, §7.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012.

(a.1.4.) Da função social da propriedade dos bens utilizados para serviços de energia

89. A função social da propriedade é princípio constitucional, tutelado pelos artigos 5º, XXIII e 170, III, da Constituição Federal⁵⁴, e deve ser entendida como "*instrumento indispensável à organização SOCIAL e ECONÔMICA*"⁵⁵, considerando perspectivas individuais, sociais e coletivas e seus vários interesses incidentes.

90. O conceito da função social da propriedade não é estanque e inflexível. Uma propriedade exerce a sua função social na medida em que desempenha adequadamente a sua vocação, com o devido amparo legal, seja para proteção ambiental, como é o caso de Unidades de Conservação, imóveis agrícolas que comungam áreas de produção e de proteção ambiental e propriedades voltadas para empreendimentos de energia, cuja função é viabilizar a prestação um serviço de utilidade pública do qual população, comunidades, indústria e comércio se beneficiam.

91. Está claro que a não exigibilidade da reserva legal para os imóveis

⁵³ TJMG, 5ª Câmara Cível, AC nº 1.0035.04.032375-6/001, Rel. Des. Maria Elza, j. 3.11.2005,v.u. Negritos não constantes do original.

⁵⁴ 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:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

⁵⁵ Função Social da Propriedade, Venício Antonio de Paula Salles, in Direito Imobiliário Brasileiro – Novas Fronteiras na Legalidade Constitucional, Coordenação Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio, Quartier Latin, 2011.

destinados a serviços de energia não caracteriza, em hipótese alguma, suposta inobservância à função social da propriedade. Ao receber projetos de energia, a propriedade atende à sua função social, caracterizada pelo interesse público de prestar serviços de utilidade pública, seja a geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica. Não há previsão constitucional de que os imóveis que recebem atividades de energia elétrica devam se sujeitar a limitações administrativas aos quais os imóveis rurais estão sujeitos.

92. Tais imóveis, que não são caracterizados como rurais, sujeitam-se a um regime legal específico que a Lei Federal n.º 12.651/2012 cuidou de especificar, sedimentando entendimentos jurisprudencial e doutrinário, exatamente para eliminar incertezas sobre o tema.

93. Isso não quer dizer que esses empreendimentos não busquem compatibilizar as suas atividades com a proteção dos recursos naturais. Durante o processo de licenciamento ambiental, as concessionárias de energia assumem uma série de medidas mitigadoras e compensatórias, implementadas durante a instalação e a operação do empreendimento. Em regra, as licenças ambientais estabelecem programas ambientais considerados indispensáveis à compatibilização do empreendimento com a proteção do meio ambiente.

94. Prova disso são as condicionantes específicas previstas nas licenças ambientais, prescrevendo a execução de programas de monitoramento de fauna, de estudos e monitoramento das principais espécies da ictiofauna presentes no reservatório, dentre outros programas ambientais apresentados pelos empreendedores propondo educação ambiental e monitoramento das águas. Nos casos de concessão de autorização para supressão de vegetação – AVS são, da mesma forma, avaliados os impactos da supressão e previstas medidas mitigadoras e compensatórias ambientais.

95. O que a Procuradoria-Geral da República deixou de mencionar, *data maxima venia*, é que empreendimentos de energia estão sujeitos a rigorosa avaliação e compensação ambiental, passando pelo crivo do órgão ambiental competente e da população por meio de audiências

públicas quando do licenciamento ambiental das atividades.

96. A *"compensação, mediante a preservação de área equivalente, ainda que isso demande a aquisição de outras áreas"*, conforme pretende a Procuradoria-Geral da República, não encontra amparo legal e nem é a única forma de compensar eventuais impactos ambientais decorrentes dos empreendimentos de energia.

97. Em relação aos empreendimentos hidrelétricos especificamente, o meio ambiente criado por um reservatório de água difere substancialmente do ambiente associado a práticas agrícolas, pecuárias ou agro-industriais. O reservatório de um empreendimento hidrelétrico hospeda uma diversidade de espécies aquáticas, além de servir de referência para aves que habitam ou migram pela região, representando verdadeira reserva hídrica para animais do entorno.

98. Resta evidente que a implantação do reservatório, e a sua gestão adequada, trazem ganhos ao meio ambiente e à biodiversidade da região. Nesse contexto, não parece correto ignorar os inúmeros benefícios ambientais oriundos da atividade de concessão de energia, cujos impactos são absolutamente distintos de atividades agropecuárias ou agroindustriais para as quais se exige a instituição de reserva legal.

99. Nesse contexto não é razoável a investida da Procuradoria-Geral da República na declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, §7.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012, pois ignora que os imóveis tenham finalidades distintas, com formas diferentes de proteção ambiental, sem que isso desvirtue a sua função social.

(a.1.5.) Diferença entre impacto e dano ambiental

100. Para afastar a alegação da Procuradoria-Geral da República de que a previsão de dispensa de constituição de reserva legal, para empreendimentos de energia elétrica, violaria exigência constitucional de reparação dos danos causados, há que se diferenciar danos de impactos.

101. Para a ocorrência de dano é necessário que se tenha o exercício da

atividade econômica e, mais importante ainda, o resultado prejudicial ao equilíbrio ecológico. Já o impacto ocorre em um contexto maior, ou seja, quando impactos negativos e positivos ao meio ambiente se compensam, permitindo o equilíbrio ecológico, em que pese a atividade econômica impactante.

102. Ao contrário do dano, o impacto ambiental é previsível e inerente à atividade e nem sempre prejudicial ao equilíbrio ecológico, porquanto, em determinados casos, e assim se deseja, sua neutralização e mitigação pode levá-lo a parâmetros tais sob os quais se tenha o desenvolvimento da atividade econômica, com os consequentes ganhos sociais, sob resultado impactante ao meio ambiente que se revele aceitável, encontrando-se pois o ponto de equilíbrio designado por desenvolvimento sustentável.

103. Com todo o devido respeito e acatamento, qualquer atividade, tal como a condução de um veículo, é passível de impactar o meio ambiente. Por isso é que os veículos têm como norma o uso de catalisadores, e suas emissões se dão sob controle. Exatamente como no caso aqui em exame, no qual os impactos decorrentes do empreendimento de energia são previamente examinados e informados, e as medidas de controle devidamente definidas para neutralizar ou mitigar os impactos decorrentes do empreendimento a valores e intensidade aceitáveis e ensejadores do desenvolvimento sustentável.

104. Conforme mencionado acima, os impactos decorrentes das atividades de energia são sopesados e compensados social e ambientalmente, sem que tais impactos possam ser confundidos com danos ambientais.

105. A exigência constitucional de reparação de danos ambientais pressupõe situação distinta, em que os danos, não previstos previamente nem avaliados pelo órgão ambiental, sejam demonstrados e comprovados mediante o devido processo legal, impondo medidas reparadoras ou compensatórias em caso de irreversibilidade do dano, a serem avaliadas caso a caso.

106. Ainda que se pudesse falar em dano ambiental, o que se admite por apego ao argumento, fato é que a Douta Procuradoria-Geral da República confunde medida reparadora com limitação administrativa da qual a reserva legal é modalidade. A reserva legal limita o direito de propriedade, nos casos legalmente prescritos em lei, e o proprietário do imóvel é obrigado a reservar parte de suas terras com cobertura vegetal para desempenhar as suas funções ambientais, independentemente da ocorrência de dano ambiental a ser eventualmente reparado.

107. Tendo em vista que reserva legal não é meio de reparação de dano ambiental, e porque não há que se falar em danos ambientais no caso de empreendimentos de energia, a não sujeição de empreendimentos de energia ao instituto da reserva legal, na forma prevista no artigo 12, §7.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012, não afronta o artigo 225 da Constituição Federal.

(b) Dispositivos impugnados na ADI n.º 4.902

(b.1.) Artigo 61-A

108. O artigo 61-A, *caput*, da Lei Federal n.º 12.651/12 prevê que "*nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.*"

109. A Procuradoria-Geral da República se bate contra a possibilidade de continuidade das atividades em áreas consolidadas, voltando-se contra um bloco de artigos, notadamente 61-A, 61-B, 61-C e 63. Os argumentos, de ordem geral, são de que os supostos danos ambientais, que adviriam da redação da Lei Federal nº 12.651/12, não seriam reparados, em alegada afronta aos princípios constitucionais de restauração de processos ecológicos essenciais e da função social da propriedade, e à vedação de utilização de espaço especialmente protegido.

110. O argumento específico da Procuradoria-Geral da República é de o critério para determinar as APPs a serem recuperadas, previsto na Lei

Federal n.º 12.651/2012, consideraria o tamanho da propriedade e não os seus atributos ambientais.

111. Tendo em vista que à ABCE não interessa discutir a constitucionalidade dos artigos 61-B, 61-C e 63, esta peça se aterá aos aspectos relacionados ao artigo 61-A, em especial ao *caput*.

112. O conceito de áreas consolidadas abarca situações em que o legislador entendeu que seria legítima a intervenção em APPs, sem prejuízo da recomposição dessas áreas, sempre que possível, de forma escalonada, conforme os critérios definidos nos parágrafos subsequentes. Dessa forma, *"buscou o novo texto proporcionar condições de se consolidar a ocupação das Áreas de Preservação Permanente, em equilíbrio com as condições mínimas de sua perenidade, protegendo-as ou, sempre que necessário, recompondo-as"*⁵⁶.

113. Neste diapasão, insta esclarecer que o texto original sobre áreas consolidadas, aprovado pelo Congresso, foi integralmente vetado e substituído pelo texto da Medida Provisória n.º 571/2012, que, convertida em lei, hoje vigora. A redação atual do artigo 61-A, objeto da ADI n.º 4.902, manteve, em seu *caput*, a previsão quanto às áreas consolidadas em APPs, mas com regras mais claras sobre as hipóteses e formas de recuperação das APPs.

114. Da Mensagem n.º 212, de 25.5.2012, da Presidente da República, constam as razões de veto à redação original do artigo 61 da Lei n.º 12.651/2012: *"Ao tratar da recomposição de áreas de preservação permanente em áreas rurais consolidadas, a redação aprovada é imprecisa e vaga, contrariando o interesse público e causando grande insegurança jurídica quanto à sua aplicação."*

115. A Medida Provisória n.º 571/2012 procurou resgatar o espírito de que é possível harmonizar a coexistência de determinadas atividades, nas APPs, preexistentes a 22.7.2008, com a recuperação ambiental,

⁵⁶ Novo Código Florestal: Comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012. Coordenação Édis Milaré. Paulo Affonso Leme Machado. 1ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.415

sempre que possível, observando os critérios legais fixados, com vistas a retirar da "ilegalidade mais de 90% do universo de 5,2 milhões de propriedade rurais no País".⁵⁷

116. Conforme já mencionado nesta peça, o processo legislativo considera valores, princípios, sem desprezar dados concretos, eis que a lei tem por objetivo tutelar situações reais, sempre que possível harmonizando de forma equilibrada os interesses afetados.

117. A realidade é que um número relevante de intervenções em APPs ocorreu antes da modificação dos regimes que regem as áreas protegidas. Dessa forma, o artigo 61-A, *caput*, traz para a legalidade inclusive intervenções que ocorreram em conformidade com a legislação vigente na sua época, inclusive no entorno dos reservatórios hidrelétricos, sendo de interesse do setor preservar o uso múltiplo e harmônico dessas áreas do entorno, onde hoje estão instaladas pousadas e outros pontos de apoio para ecoturismo e turismo rural, por exemplo, sem se descuidar da garantia do exercício, pelas APPs, de suas funções ecológicas, conforme as define o artigo 3.º, II.

118. Tendo em vista que o artigo 61-A autoriza a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas, observadas condições mínimas para o equilíbrio ambiental, mediante recomposição gradual das APPs, não se flagra qualquer inconstitucionalidade no artigo 61-A, *caput*, da Lei Federal n.º 12.651/2012, à medida em que não se nega o instituto da APP, nem tampouco a importância do desempenho de suas funções ecológicas.

(c) Dispositivos impugnados na ADI n.º 4.903

(c.1.) Considerações necessárias acerca das APPs no entorno de reservatórios de geração de energia elétrica

119. Os artigos 4.º, III, §§1.º e 4.º, 5.º e 62 versam especificamente acerca da extensão das APPs no entorno de reservatórios de usinas

⁵⁷ Parecer do relator Deputado Federal Aldo Rebelo ao Projeto de Lei nº 1.876/1999 e apensados, p. 4.

hidrelétricas. Portanto, antes de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos impugnados nas ADIs, é pertinente entender como a matéria era regulada pela revogada Lei Federal n.º 4.771/1965.

120. O artigo 1.º, §2.º, II, da Lei Federal n.º 4.771/1965 definia APP como a área protegida nos termos de seus artigos 2.º 3.º⁵⁸, "*coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*". Entre as áreas definidas como de preservação permanente pelo artigo 2.º da Lei Federal n.º 4.771/1965, na alínea b, encontravam-se as áreas ao redor de reservatórios d'água naturais ou

⁵⁸ Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;

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

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

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

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§ 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei".

artificiais.

121. O artigo 2.º, b, entretanto, nada dispunha acerca da extensão da APP no entorno de reservatórios artificiais. A matéria tampouco foi disciplinada em qualquer outra lei, mas pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, em 1985, com a edição da Resolução CONAMA n.º 4/1985, que no artigo 3.º, b, II, previu que a extensão da APP no entorno de represas hidrelétricas seria de 100 metros.

122. A Resolução CONAMA n.º 4/1985 foi revogada pela Resolução CONAMA n.º 303/2002, que dispõe sobre parâmetros, definições e limites da APP, e a Resolução CONAMA n.º 302/2002 revisou os critérios adotados para a delimitação da APP no entorno de reservatórios artificiais de energia elétrica, desta vez, prevendo, no artigo 3.º, que a APP seria de **(a)** 30 metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e de 100 metros para áreas rurais; **(b)** 15, no mínimo, para os reservatórios artificiais de geração de energia elétrica com até 10 hectares; e **(c)** 15 metros, no mínimo, para reservatórios artificiais não utilizados em abastecimento público ou geração de energia elétrica, com até 20 hectares de superfície e localizados em área rural.

123. Ainda de acordo com os parágrafos do artigo 3.º da Resolução CONAMA n.º 302/2002, os limites acima mencionados poderiam ser objeto de revisão, obedecendo certos parâmetros instituídos pelo próprio CONAMA⁵⁹.

⁵⁹ “Art 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de: I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;

II - quinze metros, no mínimo, para os reservatórios artificiais de geração de energia elétrica com até dez hectares, sem prejuízo da compensação ambiental.

III - quinze metros, no mínimo, para reservatórios artificiais não utilizados em abastecimento público ou geração de energia elétrica, com até vinte hectares de superfície e localizados em área rural.

§ 1º Os limites da Área de Preservação Permanente, previstos no inciso I, poderão ser ampliados ou reduzidos, observando-se o patamar mínimo de trinta metros, conforme estabelecido no licenciamento ambiental e no plano de recursos hídricos da bacia onde o reservatório se insere, se houver.

§ 2º Os limites da Área de Preservação Permanente, previstos no inciso II, somente poderão ser ampliados, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, e, quando houver, de acordo com o plano de recursos hídricos da bacia onde o reservatório se insere.

§ 3º A redução do limite da Área de Preservação Permanente, prevista no § 1º deste artigo não se aplica às áreas de ocorrência original da floresta ombrófila densa - porção amazônica, inclusive os cerradões e aos reservatórios artificiais utilizados para fins de abastecimento público.

124. A constitucionalidade das Resoluções CONAMA n.ºs 4/1985, 302/2002 e 303/2002, entretanto, sempre foi questionada, porque **(a)** a extensão da APP no entorno de reservatórios artificiais, ou seja, a limitação ao direito de propriedade, foi tratada em Resolução e não em lei (Lei Federal n.º 4.771/1965), violando o princípio da legalidade; e **(b)** nos termos dos artigos 6.º, II e 8.º da Lei Federal n.º 6.938/1981 e 7.º do Decreto Federal n.º 99.274/1990, o CONAMA é órgão consultivo e deliberativo, cabendo a ele tão somente "*deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida*". Por via de consequência, não poderia o CONAMA normatizar, tampouco inovar na ordem jurídica, como fez.

125. Ainda que se pretendesse discutir os limites da competência atribuída ao CONAMA pela Lei Federal n.º 6.938/1981, haveria que se considerar que a Resolução CONAMA n.º 4/1985 foi revista, analisada e questionada frente à nova ordem democrática de Direito, instalada no País a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que extinguiu a competência de órgãos do Poder Executivo para o exercício da ação normativa (artigo 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

126. Reforce-se que não é atribuição do CONAMA a regulamentação de

§ 4º A ampliação ou redução do limite das Áreas de Preservação Permanente, a que se refere o § 1º, deverá ser estabelecida considerando, no mínimo, os seguintes critérios:

I - características ambientais da bacia hidrográfica;

II - geologia, geomorfologia, hidrogeologia e fisiografia da bacia hidrográfica;

III - tipologia vegetal;

IV - representatividade ecológica da área no bioma presente dentro da bacia hidrográfica em que está inserido, notadamente a existência de espécie ameaçada de extinção e a importância da área como corredor de biodiversidade;

V - finalidade do uso da água;

VI - uso e ocupação do solo no entorno;

VII - o impacto ambiental causado pela implantação do reservatório e no entorno da Área de Preservação Permanente até a faixa de cem metros.

§ 5º Na hipótese de redução, a ocupação urbana, mesmo com parcelamento do solo através de loteamento ou subdivisão em partes ideais, dentre outros mecanismos, não poderá exceder a dez por cento dessa área, ressalvadas as benfeitorias existentes na área urbana consolidada, à época da solicitação da licença prévia ambiental.

§ 6º Não se aplicam as disposições deste artigo às acumulações artificiais de água, inferiores a cinco hectares de superfície, desde que não resultantes do barramento ou represamento de cursos d'água e não localizadas em Área de Preservação Permanente, à exceção daquelas destinadas ao abastecimento público."

lei, como fez com relação às Resoluções 4/1985, 302/2002 e 303/2002. A regulamentação de lei que é competência exclusiva do Presidente da República, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição Federal:

"Dentre as diferentes atribuições do CONAMA, data vênia, não se encontra a de regulamentar, diretamente, lei. Repita-se que o Poder Regulamentar é da Competência do Presidente da República, conforme disposto no art. 84, IV da Constituição da República Federativa do Brasil.

É evidente que o Código Florestal somente pode ser regulamentado por decreto presidencial, e jamais, por mera Resolução de um órgão administrativo de assessoramento ao Presidente da República, como é o CONAMA, tal qual definido no art. 6º, II da Lei nº 6.938/81⁶⁰.

"(...) jamais se poderá interpretar a competência atribuída por lei a uma autoridade administrativa como uma delegação legislativa, isto é, como a transferência pelo Congresso Nacional, em caráter primário, do poder de ditar regras sobre a matéria. E mesmo a competência normativa secundária do agente público é limitada, porque o poder regulamentar pleno é privativo do Chefe do Poder Executivo (CF, art.84,IV)"⁶¹

127. O revogado Código Florestal não atribuiu competência ao CONAMA para criar limites às APPs do entorno de reservatórios, gerando um dever ao particular ou uma restrição à propriedade, até porque não cabe ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição, inovando na ordem jurídica. Tal matéria é reservada somente à lei, até porque, ao se entender o contrário, estar-se-ia instituindo uma forma de delegação vedada pela Constituição (artigo 25, I, do ADCT):

"(...) disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que ninguém poderá ser obrigado a *fazer* ou *deixar de fazer* alguma coisa senão em virtude de lei deixaria de se constituir em proteção constitucional. Em suma: não mais haveria a garantia *constitucional* aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada à decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário. (...) É de dizer: se à lei fosse dado dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou

⁶⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 577.

⁶¹ BARROSO. Luiz Roberto. Temas de Direito Constitucional, Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.165/188, p. 176.

qual liberdade, o ditame assecuratório de que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *ora* em virtude de *regulamento*, *ora* de lei, ao líbito do legislador, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir. É óbvio, entretanto, que, em tal caso, este último estaria se sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida. (...) Por isto, a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação *disfarçada*, inconstitucional. Deveras: as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis⁶².

128. Assim, é livre de qualquer dúvida que, a teor dos artigos 5.º, II, 84, IV, 37 e 170, parágrafo único, da Constituição Federal e do artigo 25, I, do ADCT, só e somente por força de lei se regula liberdade e propriedade, só e somente por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer, restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delimitada, configurada e estabelecida em alguma lei:

"ADMINISTRATIVO, CONCINE, FITAS DE VIDEOCASSETE SEM ETIQUETA DE CONTROLE, ILEGALIDADE DAS IMPOSIÇÕES DERIVADAS DA RESOLUÇÃO N.136/87.

1 - Só a lei pode ditar regras de ação positiva (fazer) ou negativa (deixar de fazer ou abster-se), em obediência ao princípio da legalidade.

2 - É inconstitucional, por não apoiada em substrato legal próprio a resolução n.136/87, do concine, que impõe penalidades, decorrentes da ausência de etiqueta de controle de fita de videocassete comercializadas.

3 - Remessa ex officio desprovida.

4 - Sentença mantida⁶³.

129. Nesse sentido, CARLOS ARI SUNDFELD afirma que *"só a lei pode definir e limitar o exercício dos direitos individuais. O interesse individual só cede ante interesses públicos e estes são estabelecidos pela lei, não pela vontade isolada do príncipe. (...) Com isso os cidadãos se submetem*

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 317/318.

⁶³ TRF3, 6ª Turma, REO nº 90.03.039588-8 / SP, Rel. Des. Marli Ferreira. 9.10.1995, decisão monocrática

*ao governo da lei, vale dizer, têm seus deveres regulados por uma norma geral e abstrata, emanada da Assembléia de seus representantes*⁶⁴.

130. Arrematando o assunto, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ensina que:

“no Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país, de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris - cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante -, viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre repartição de poderes. (...) Logo, a Administração não poderá impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, **resolução**, portaria ou seja lá que ato for para coactar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”⁶⁵.

131. Daí porque inúmeras foram, e ainda são, as manifestações acerca da ilegalidade e desconformidade não só da Resolução CONAMA n.º 4/1985 com o ordenamento jurídico, como também das subseqüentes Resoluções CONAMA n.º 302/2002 e 303/2002. PAULO AFFONSO LEME MACHADO, LUIS CARLOS SILVA DE MORAES e mais recentemente PRISCILA SANTOS ARTIGAS, analisando a questão, igualmente concluíram pela inconstitucionalidade das Resoluções:

“A Resolução nº 004/85 - CONAMA - foi votada e publicada, quando estava em vigor a Emenda Constitucional 1/1969. Ainda que a resolução não se constitua em lei delegada, entretanto não foi à época inconstitucional, pois não se havia reservado expressamente para o Poder Legislativo tratar de 'direito de propriedade'. Por isso, como Conselheiro do CONAMA, votamos favoravelmente à aprovação da resolução.

⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, 3ªed. , São Paulo: Malheiros, 1997, p. 46.

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 85/86.

Contudo, diferente é o enfoque jurídico a ser dado a essa resolução com o advento da Constituição Federal de 1988”.⁶⁶

(...) a regra infralegal não pode inovar originalmente, ou seja, instituir algo que não se encontrava em matriz legal. No tratamento constitucional do direito de propriedade, inclusive pelo prisma da função social, os critérios e graus serão aqueles estabelecidos em LEI. A criação de limitação territorial da propriedade não pode ser delegada ao Poder Executivo. A própria lei que cria o Conama, quando da alteração da natureza jurídica das áreas de proteção permanente, reservou um art. para o tema (art. 18, Lei nº 6.938/81). Se o Conama pudesse deliberar sobre o direito de propriedade, qual seria a razão de existência do dispositivo citado?

(...)

Desdobrando: a **competência do Conama não pode inovar, originariamente, no campo das proibições do direito de uso da propriedade; é-lhes permitido assumir a matriz legal e adequá-la aos casos específicos, nada mais”.**⁶⁷

“Sendo assim, quando o Conama impôs limites fixos para as áreas de preservação permanente de reservatórios artificiais situados no meio rural e no meio ambiente urbano, passou-se a defender que tal diploma feriu o princípio da legalidade, estabelecendo obrigações que a lei não fez. Significa dizer que a Res. Conama 302/2002 seria absolutamente inconstitucional e ilegal nesse ponto, na medida em que tal Conselho extrapolou seus poderes consultivos e deliberativos, de ordem eminentemente técnica. A respeito, Édís Milaré (MILARÉ, 2011:957) pontua que ‘por estabelecerem tais limites, em princípio não previstos em lei, as Res. Conama 302/2002 e 303/2002 vêm sendo objeto de duras críticas, em virtude do entendimento de que o Conselho Nacional do Meio Ambiente teria extrapolado a sua competência, por estabelecer, em atos infralegais, restrições ao direito de propriedade, rendendo ensejo a frequentes questionamentos quanto à sua legalidade e constitucionalidade’.

(...)

Sendo assim, parece claro que o Conama extrapolou sua competência ao pretender regulamentar o art. 2.º, *b*, da Lei 4.771/1965, estabelecendo limites concretos (e não parâmetros) para as áreas de preservação permanente ao redor de reservatórios artificiais localizados em todo o país. Vale dizer, o Código Florestal (Lei 4.771/1965) delega competência

⁶⁶ MACHADO. Paulo Affonso Leme, Estudos de Direito Ambiental, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 125.

⁶⁷ MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado: com as alterações da lei de crimes ambientais, Lei nº 9.605/98. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 50/51.

ao Conama para fixação de parâmetros ou critérios, a servirem para a definição das áreas de preservação permanente pelos órgãos administrativos competentes, caso a caso, considerando as condições concretas do empreendimento e, sobretudo, do meio ambiente sob análise. Destarte, ao determinar as faixas fixas para quaisquer reservatórios em qualquer meio ambiente, a res. Conama 302/2002 cria uma limitação ao direito de propriedade que não encontra respaldo na lei⁶⁸.

132. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em precedente bastante lúcido sobre a extensão do poder normativo do CONAMA, considerou ilegal a Resolução CONAMA n.º 273/2000, que a exemplo das Resoluções CONAMA n.ºs 4/1985, 302/2002 e 303/2002 extrapolaram os limites de lei para criar obrigação mais onerosa aos administrados:

"A Resolução CONAMA n.º 273, de 29 de novembro de 2000, no artigo 5º, estabelece nos itens I e II as condições para a emissão de licença prévia e de instalação e operação.

De acordo com o artigo 8º, 'Em caso de acidentes ou vazamentos que representem situações de perigo ao meio ambiente ou as pessoas, bem como na ocorrência de passivos ambientais, os proprietários, arrendatários ou responsáveis pelo estabelecimento, pelos equipamentos, pelos sistemas e os fornecedores de combustíveis, que abastecem ou abasteceram a unidade, responderão solidariamente, pela adoção de medidas para controle da situação emergencial, e para o saneamento das áreas impactadas, de acordo com as exigências formuladas pelo órgão ambiental licenciador'.

Como salientou a Petrobrás, a Resolução CONAMA não tem o condão de imputar responsabilidade às empresas distribuidoras pelos passivos ambientais dos postos de combustível, pois a relação contratual, cuja natureza jurídica é o comodato dos equipamentos destinados a armazenar combustível, não gera à distribuidora o dever de manutenção desse maquinário com a finalidade de se prestarem ao licenciamento ambiental dos postos de combustível, pois o comodatário é que é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada.

A obrigação instituída no artigo 8º da Resolução não vem amparada em qualquer disposição legal que justifique a adoção deste procedimento pela Cetesb, que, como ente administrativo, está restrita à lei.

⁶⁸ ARTIGAS, Priscila Santos. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012, p. 155/156 e 158.

A Constituição federal, no artigo 5º, inciso II, estabelece que, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

EDIS MILARÉ, no Parecer anexado aos autos, sustenta que a Resolução CONAMA 'subverte completamente o sistema de responsabilidade administrativa ambiental instituído por lei federal anterior, o que jamais poderia ocorrer em decorrência de uma norma regulamentar. Não nos olvidemos de que o regime jurídico da responsabilidade administrativa está hoje disciplinado no artigo 70 da Lei 9.605/98, a partir do qual se extraem os seus pressupostos, as suas características e a sua natureza, conforme estudamos acima'.

'Assim é que, quando a Lei utiliza a expressão 'ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente', ela está positivando o caráter da personalidade da responsabilidade administrativa, por força do qual não se pode sancionar uma pessoa pelo evento danoso causado por terceiro. Com efeito, o regime da solidariedade não se aplica à esfera administrativa'.

'Trata-se de regra básica do Direito, estampada no artigo 2º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução do Código Civil) e coerente com a estrutura hierárquica piramidal do ordenamento jurídico pátrio'.⁶⁹

133. Portanto, são patentes os vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade das Resoluções CONAMA n.ºs 4/1985, 302/202 e 303/2002. O CONAMA não possui competência para restringir os limites à propriedade, como se lei fosse, tampouco para agir em substituição ao Chefe do Poder Executivo e regulamentar lei.

134. A partir desse contexto, cumpre demonstrar, com detalhes, os fundamentos pelos quais os dispositivos impugnados na ADI n.º 4.903 não padecem de qualquer inconstitucionalidade material.

(c.2.) Artigo 4.º, III

135. Como já adiantado, o artigo 4.º, III, da Lei Federal n.º 12.651/2012 dispõe acerca da extensão das APPs no entorno de reservatórios de usinas hidrelétricas:

"Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais

⁶⁹ TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, AI nº 3980125/2-00, Rel. Des. Toledo Silva, j. 15.2.2006, v.u

ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

(...)

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

136. De acordo com a Procuradoria-Geral da República, o artigo 4.º, III, não fixaria, como fazia a Resolução CONAMA n.º 302/2002 (vide parágrafo 122 anterior), metragem mínima da APP no entorno de reservatórios artificiais, deixando a decisão a cargo do órgão licenciador, conforme cada caso e de acordo com as peculiaridades vigentes.

137. Assim, para a Procuradoria, o dispositivo deveria ser interpretado conforme a Constituição Federal *"para que se reconheça que, quanto às áreas de preservação permanente dos reservatórios artificiais, deverão ser observados os padrões mínimos de proteção estabelecidos pelo órgão federal competente, qual seja, o Conselho Nacional de Meio Ambiente"*. Tudo sob pena de violação à proibição do retrocesso, do dever geral de proteção ambiental, da função social da propriedade e da vedação da utilização de espaço protegido.

138. A ABCE já teve a oportunidade de demonstrar (parágrafos 119/134) que os limites mínimos das APPs no entorno de reservatórios artificiais fixados pela Resolução CONAMA n.º 302/2002 são inconstitucionais, porquanto não previstos em lei e decorrentes de exercício ilegal de competência pelo CONAMA.

139. Logo, tais limites não são legítimos e se a proibição do retrocesso só pode atuar como regra de valoração, desde que a norma revista seja constitucional e, naturalmente, proporcional, não há obrigatoriedade, pela proibição do retrocesso, de mantê-los intactos (vide parágrafos 50/61).

140. Mesmo que assim não se entenda, o que se admite apenas para fins de argumentação, não há qualquer vício de constitucionalidade em atribuir ao órgão ambiental a competência para delimitar a extensão da

APP no entorno de reservatórios artificiais.

141. Na realidade, é essa a decisão correta e constitucional, já que confirma que o único órgão legalmente competente (órgão licenciador do empreendimento hidrelétrico) exercerá a função que exclusivamente a ele cabe. Vejam-se os ensinamentos de PRISCILA SANTOS ARTIGAS E ANDREAS J. KRELL acerca do assunto:

“E nem se fale que o órgão licenciador não poderia ser o definidor de tais limites, pois é ele justamente que detém expertise técnica para tal avaliação e fixação. É o que ensina Andreas J. Krell (KRELL, 2004:59), ao expor que ‘(...) muitas decisões administrativas ligadas ao licenciamento de atividades capazes de causar impactos ambientais envolvem juízos discricionários, no lado do mandamento da norma, bem como na sua hipótese, e trabalham com conceitos jurídicos indeterminados. Assim, a competência de declarar se há ou não um ‘impacto ecológico significativo’, uma ‘degradação ambiental’ ou ‘um risco à saúde pública’ é, em primeiro momento, do Poder Executivo na sua função de aplicar a lei’

(...)

E note-se, uma vez mais, tal fixação segue a decisão do órgão ambiental licenciador, que é o competente tecnicamente para definir a melhor metragem da área de preservação permanente, não ficando engessado frente a disposições legais (ou infralegais) que não levavam em conta as particularidades econômicas, sociais e ambientais do local”⁷⁰.

142. O regular exercício da função do órgão ambiental licenciador permitirá que as APPs sejam fixadas de acordo com as peculiaridades de cada caso, considerando características sociais, econômicas, culturais e ambientais dos locais em que inseridos os reservatórios. Note-se ainda que isso não impede que sejam eventualmente mantidos os limites antes previstos nas Resoluções CONAMA, caso a autoridade ambiental decida por sua pertinência, por sua proporcionalidade, em dado caso concreto.

143. É nesse sentido que o artigo 4.º, III, da Lei Federal n.º 12.651/2012 ainda corrige vício de proporcionalidade das Resoluções CONAMA n.ºs 4/1985 e 302/2002, permitindo que, agora, se alcance o

⁷⁰ ARTIGAS, Priscila Santos. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012, p. 158/159.

pleno equilíbrio entre o direito fundamental de propriedade e o direito fundamental ao meio ambiente, ao exigir que seja fixada a extensão mais *proporcional* da APP para cada caso concreto.

144. Assim, não se viola a proibição do retrocesso, o dever geral de proteção ambiental, a adequada utilização do espaço protegido ou a função social da propriedade, até porque esta pressupõe um equilíbrio entre o direito de propriedade e a proteção ambiental, garantido pela nova norma, que ao contrário das anteriores Resoluções CONAMA não prevê faixas fixas da APP para todo e qualquer caso, mesmo diante de peculiaridades locais e regionais. Dizer de extensões fixas, em um país de dimensões continentais, negando ao órgão licenciador o exercício de suas atribuições legais, é fazer ouvidos moucos ao fato de que há uma estrutura de ordem político-institucional a tratar do tema da conservação e proteção ambiental, posta pelo binômio lei (regras de contorno) – atuação técnica (adequação das medidas de controle ao exercício aceitável da atividade produtiva).

145. Daí porque não há falar em qualquer vício do artigo 4.º, III, da Lei Federal n.º 12.651/2012, tampouco em interpretação conforme à Constituição Federal para que "*se reconheça que, quanto às áreas de preservação permanente dos reservatórios artificiais, deverão ser observados os padrões mínimos de proteção estabelecidos*" pelo CONAMA. Deve, portanto, ser julgado improcedente o pedido da Procuradoria-Geral da República.

(c.3) Artigo 4.º, §§1.º e 4.º

146. Quanto aos §§1.º e 4.º, do artigo 4.º, alega a Procuradoria-Geral da República, que teriam eles alterado a disciplina anteriormente vigente "*com flagrante retrocesso quanto aos padrões de proteção ambiental*", violando o dever geral de proteção ambiental e a função social da propriedade, extinguindo as APPs no entorno de reservatórios **(a)** artificiais que não decorram do barramento ou represamento de cursos d'água naturais (§1.º); e **(b)** naturais ou artificiais com superfície inferior a 1 hectare.

147. A redação dos §§1.º e 4.º, do artigo 4.º foi dada pela Lei Federal n.º 12.727/2012 e os dispositivos preveem que:

“§ 1º Não será exigida Área de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais de água que não decorram de barramento ou represamento de cursos d’água naturais.

§ 4º Nas acumulações naturais ou artificiais de água com superfície inferior a 1 (um) hectare, fica dispensada a reserva da faixa de proteção prevista nos incisos II e III do caput, vedada nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama”.

148. Não padece de qualquer vício o §1.º. Com razão, reservatórios artificiais que não derivem de barramento ou represamento de cursos d’água naturais são reservatórios que não decorrem de condições naturais, isto é, foram instituídos, por completo, artificialmente e, por isso, não se justifica falar em manutenção de APP no seu entorno. Explica-se.

149. As APPs são definidas pela Lei Federal n.º 12.651/2012 como áreas protegidas com a função ambiental, entre outras, de **preservar os recursos hídricos**, (artigo 3.º, II, da Lei Federal n.º 12.651/2012). Os recursos hídricos, por sua vez, são fontes de riqueza materiais que existem em estado **natural**⁷¹. Portanto, não há razão para se exigir a conservação de APP no entorno de reservatórios, lagos e lagoas **criados**, isto é, situados em áreas onde antes sequer havia um curso d’água natural ou acumulação.

150. O entendimento não contraria o artigo 225 da Constituição Federal, na medida em que, novamente, o §1.º, do artigo 4.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 corrige desproporcionalidade da norma anterior, que desvirtuava o instituto da APP e exigia sua manutenção em locais onde, naturalmente, não desempenharia sua precípua função ambiental: a preservação de recursos hídricos **naturais**.

151. Ao contrário do que sugere a Procuradoria-Geral da República,

⁷¹ Conforme Dicionário Aurélio, versão digital.

exigir a manutenção de APP no entorno de reservatórios criados e não decorrentes de represamento de cursos d'água naturais é desproporcionalmente restringir o direito de propriedade, sobretudo, por escolha de medida não adequada.

152. Logo, não se pode dizer que a norma revogada e que disciplinava a situação em exame de modo distinto do apresentado pela Lei Federal n.º 12.651/2012 estava amparada pela proibição do retrocesso.

153. Esse reequilíbrio ou proporcionalidade buscada pela Lei Federal n.º 12.651/2012 também se faz evidente no §4.º, do artigo 4.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012, já que a dispensa da obrigatoriedade de manutenção de APP no entorno de reservatórios com superfície inferior a 1 hectare foi a alternativa encontrada pelo legislador para assegurar que, dada a pequena área do reservatório de água e mediante as restrições impostas a novas supressões de vegetação nativa, o direito de propriedade e à livre iniciativa não restassem demasiada e, por consequência, desproporcionalmente restringidos. Daí porque também a dispensa da reserva da faixa de APP na hipótese comentada é adequada e constitucional.

154. Assim, uma vez mais se demonstra que os dispositivos impugnados não padecem de inconstitucionalidade, razão pela qual requer a ABCE seja julgado improcedente o pedido da Procuradoria-Geral da República.

(c.4.) Artigo 5.º

155. O artigo 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012 dispõe que *"na implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana"*.

156. Para a Procuradoria-Geral da República *"a redução dos limites mínimos e a criação de limites máximos vinculantes, que impedem a extensão da proteção ambiental, violam o dever geral de proteção ambiental, previsto no art. 225 da Constituição da República, a exigência constitucional de que a propriedade atenda sua função social, bem como o princípio da vedação do retrocesso"*.

157. Com o devido respeito, também quanto a este artigo não assiste razão à Procuradoria-Geral da República. Isto porque, novamente, atribui-se ao órgão licenciador, único competente a tanto, a função de estipular a metragem da APP do entorno de reservatórios artificiais de geração de energia elétrica, de acordo com as peculiaridades econômicas, sociais, culturais e ambientais de cada caso. Para a ABCE não se tornar excessivamente repetitiva, reporta-se, quanto ao tema, aos itens **V (i)** e **(ii)** anteriores.

158. Ademais, a indicação de limites mínimos e máximos para a APP do entorno de reservatórios artificiais não é fruto de injustificada vontade do legislador, já que foi precedida de intensos debates no Congresso Nacional, como visto no item **IV** acima, e, novamente, visou promover a harmonia entre o direito de propriedade, o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e a preservação ambiental.

159. Fixar limites para a APP do entorno de reservatórios artificiais é forma de garantir previsibilidade e planejamento, além de segurança jurídica ao empreendedor e a terceiros, que perderão parte de áreas de suas propriedades pela instalação da usina.

160. Reitere-se que além de tudo isso, a Resolução CONAMA n.º 302/2002 não é constitucional e, portanto, as regras que previu acerca da extensão das APPs no entorno de reservatórios artificiais não podem ser consideradas vinculantes, tampouco amparadas pela proibição do retrocesso. A ABCE reporta-se aos itens **V, (iii), (c), (c.1)** e **V, (i)** e **(ii)** acima.

161. O artigo 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012 é, assim, em seu todo

constitucional e encontra-se em plena harmonia com o sistema jurídico. Requer a ABCE, então, seja julgado improcedente mais esse pedido da Procuradoria-Geral da República de declaração de inconstitucionalidade das expressões "de 30 (trinta) metros e máxima" e "de 15 (quinze) metros e máxima".

(c.5.) Artigo 62

162. O artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012 prevê que nos reservatórios de geração de energia elétrica que tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados antes da Medida Provisória n.º 2.166-67 a APP corresponderá à distância entre as cotas máxima normal e *maxima maximorum*:

"Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*."

163. Argumenta a Procuradoria-Geral da República que o artigo reduziria sensivelmente a proteção das APPs, porque **(a)** na disciplina anterior, a contagem da APP iniciava-se na cota máxima de inundação, havendo faixa de transição entre o reservatório e a APP; **(b)** o legislador, propositadamente e com o intuito de reduzir o padrão de proteção anteriormente vigente, teria equivocadamente se valido do conceito de cota *maxima maximorum*; e **(c)** o marco temporal adotado, vigência da Medida Provisória n.º 2.166-67, seria injustificado. Para a Procuradoria, o dispositivo também afrontaria a proibição do retrocesso e descaracterizaria as APPs do entorno de reservatórios artificiais.

164. O exame de constitucionalidade deste dispositivo, a exemplo do que se demonstrou nas oportunidades anteriores, também depende de sua conceituação no tempo e espaço e compreensão de circunstâncias fáticas, jurídicas e de conceitos associados.

(c.5.1.) O contexto em que se insere o artigo 62 e sua constitucionalidade

165. O artigo 62 decorreu da necessidade de colocar fim a discussões e à insegurança jurídica acerca da aquisição ou desapropriação das áreas que compunham as APPs no entorno de reservatórios artificiais anteriores à Medida Provisória n.º 2.166-67.

166. Antes do advento da Medida Provisória n.º 2.166-67, isto é, antes de 2001, não vigia qualquer obrigação que impusesse ao concessionário ou autorizado de geração de energia elétrica a obrigatoriedade de adquirir ou desapropriar as faixas destinadas às APPs. Na época, as faixas de APP do entorno dos reservatórios eram formadas **(a)** pelas áreas desapropriadas para a implantação dos empreendimentos hidrelétricos (áreas sob o domínio dos concessionários ou autorizados); e **(b)** pelas áreas de terceiros, limítrofes às áreas sob o domínio dos concessionários ou autorizado, até se atingir a extensão da APP definida pela autoridade ambiental.

167. A Medida Provisória n.º 2.166-67 introduziu na Lei Federal n.º 4.771/1965 o artigo 4.º, §6.º, segundo o qual *"na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA"*.

168. A partir daí instaurou-se verdadeiro estado de insegurança. De um lado, pelas regras de aplicação do Direito, especificamente da irretroatividade das leis (artigos 5.º, XXXVI, da Constituição Federal e 6.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o dispositivo incidiria apenas nos empreendimentos instalados a partir da Medida Provisória n.º 2.166-67, mas o Ministério Público passou a defender o contrário, e o Judiciário chegou a decidir nesse sentido⁷², assim como de forma oposta, ou seja, também pela irretroatividade do dispositivo⁷³.

⁷² TJPR. 5ª C.Cível. AI 721735-2. Rel. Des. Leonel Cunha. j. 25.1.2011, v.u.

⁷³ TJSP. Câmara Reservada do Meio Ambiente. AC nº 9187597-52.2006.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar, j. 25.8.2012, v.u.

169. Concessionários e autorizados de geração de energia elétrica e cujos empreendimentos haviam sido instalados antes da Medida Provisória n.º 2.166-67 viram-se, então, em situações totalmente distintas: alguns obrigados a adquirir ou desapropriar a APP e outros amparados pela irretroatividade do dispositivo que impunha tal obrigação.

170. Nos casos em que o Judiciário posicionava-se pela retroatividade do artigo 4.º, §6.º, da Lei Federal n.º 4.771/1965 e/ou pela obrigação de o concessionário ou permissionário reflorestar e manter a APP em áreas além daquelas sob o seu domínio, o concessionário ou autorizado de geração de energia elétrica deparava-se ainda com situação de total desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, já que os custos de desapropriação e reflorestamento em tais áreas não havia sido planejado.

171. Já nos casos em que se decidia pela irretroatividade do artigo 4.º, §6.º, da Lei Federal n.º 4.771/1965, os concessionários e autorizados responsabilizavam-se pela manutenção das APPs em áreas sob seu domínio, enquanto sobre terceiros lindeiros aos reservatórios recaía a obrigação de manutenção do restante da APP, incidente sob seus imóveis.

172. Nestes casos, proprietários de imóveis lindeiros aos reservatórios passaram a questionar as razões pelas quais as áreas de suas propriedades que compunham as APPs não teriam sido desapropriadas ou adquiridas.

173. Defendiam os proprietários, que a limitação administrativa imposta pelas APPs restringia desproporcionalmente seu direito de propriedade, limitando a livre iniciativa, já que antes da construção do empreendimento hidrelétrico, ou se ele não tivesse se instalado, a APP não alcançaria seu imóvel e atividades desenvolvidas há décadas não restariam prejudicadas.

174. Embates entre proprietários e empreendedores eram recorrentes,

assim como o envolvimento de autoridades públicas na questão. O artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012 objetivou, assim, colocar fim a todas as dúvidas existentes acerca do assunto, conciliando, outra vez, a preservação ambiental, o direito de propriedade e o desenvolvimento econômico e social, após análise das circunstâncias de fato e de direito que circundam o tema.

175. Não se pode negar que a definição de uma faixa para a APP do entorno de reservatórios artificiais traz segurança aos concessionários e autorizados de geração de energia, assegurando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e aos proprietários lindeiros aos reservatórios, seu direito de propriedade e desenvolvimento.

176. Em síntese, o artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012 elimina a insegurança jurídica e soluciona corretamente discussão ambiental, imobiliária, econômica e social que perdurava há mais de 10 anos, desproporcionalmente, onerando concessionários, autorizados e proprietários de terras. O artigo 62 permite que se coloque em prática o desenvolvimento sustentável.

(c.5.2.) Conceitos de compreensão necessária associados aos reservatórios artificiais de geração de energia elétrica

177. Ao contrário do que sugere a Procuradoria-Geral da República, o legislador não desvirtuou o conceito de cota *maxima maximorum* de modo a prejudicar a manutenção da APP no entorno de reservatórios artificiais, tampouco se valeu de critérios distintos para início da contagem da APP. Para se demonstrar o equívoco da Procuradoria deve-se entender o significado dos conceitos que permeiam o assunto.

178. Para que a água do rio em que instalado o empreendimento hidrelétrico seja ao máximo aproveitada à geração de energia, é necessária a criação de mecanismos para seu armazenamento, tais como as barragens de acumulação e os reservatórios.

179. Os reservatórios artificiais asseguram a regularidade da vazão de

determinado curso de água, permitindo que, em períodos de estiagem, a geração de energia elétrica não reste prejudicada⁷⁴.

180. As características físicas dos reservatórios, em especial, a capacidade de armazenamento e níveis de operação, dependem das condições topográficas dos terrenos em que inseridos. Entre tais condições, podem ser citados, com destaque, o: **(a)** nível de água mínimo operacional, ou cota mínima normal de operação; **(b)** volume morto; **(c)** nível de água máximo operacional, ou cota máxima normal de operação; **(d)** volume útil e volume de espera; e **(e)** nível de água máximo *maximorum*, ou cota *maxima maximorum*⁷⁵.

181. A cota mínima normal de operação do reservatório artificial corresponde ao nível de água até o qual as águas baixam em condições normais de operação. Este nível é fixado de acordo com as condições operacionais de melhor rendimento das turbinas⁷⁶ e serve de base para a definição do limite superior do volume morto e o limite inferior do volume útil do reservatório.

182. O volume morto corresponde à parcela total do reservatório inativa, ou indisponível à captação de água para fins de geração. Situa-se abaixo do nível de água mínimo de operação.

183. A cota máxima normal de operação representa o nível máximo ideal de água presente no reservatório para a geração de energia elétrica. Trata-se de cota "até a qual as águas se elevarão em condições normais de operação".⁷⁷

184. O volume armazenado entre os níveis mínimo normal e máximo normal de operação é denominado de volume útil do reservatório e tem

⁷⁴ CHRISTOFARI, Wilson Daniel. O setor de energia elétrica: aspectos físicos e regulamentação. Módulo 4. Triconsult - Estudos e Projetos Ltda, p. 8/9.

⁷⁵ As informações transcritas nos itens seguintes consideraram o posicionamento exposto no estudo Capacidade de Reservatórios, elaborado por alunos do Departamento de Energia Hidráulica e Sanitária da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo em julho de 2002 (http://www.fcth.br/public/cursos/phd5706/phd5706_Reservatorios.pdf) e na obra de Lineu Belico dos Reis (vide nota de rodapé nº 4)

⁷⁶ REIS, Lineu Belico dos. Geração de energia elétrica: tecnologia, inserção ambiental, planejamento, operação e análise de viabilidade. São Paulo: Manole, 2003, p. 58.

⁷⁷ Vide nota de rodapé anterior.

entre suas principais funções acumular água para suavizar os períodos de cheias (tal parcela do volume útil do reservatório, destinada ao amortecimento de ondas de cheia, é denominada de volume de espera). Pode-se dizer que é o volume efetivamente destinado à operação do reservatório.

185. A cota *maxima maximorum*, por sua vez, corresponde à elevação máxima do nível que a água do reservatório pode atingir em situação extraordinária de grande enchente. É medida a partir da cota máxima normal de operação disponível para a passagem de ondas de cheia.

186. Pois bem, apesar de a Resolução CONAMA nº 4/1985, ao seu tempo, não dispor claramente sobre o ponto inicial de onde deveria ser calculada a extensão da APP de reservatórios artificiais, a Resolução CONAMA nº 302/2002 foi clara e não deixa dúvidas a esse respeito.

187. O artigo 3º da Resolução CONAMA nº 302/2002 define como APP "a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal (...)". O próprio texto traz em seu artigo 2º, IV, a definição de nível máximo normal como sendo a cota máxima normal de operação do reservatório, conceito já exposto no parágrafo 183 acima.

188. Se a função da APP é preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, deve ela estar localizada imediatamente próxima ao local que visa a proteger, garantindo a estabilidade física e ambiental do terreno. Daí porque a cota máxima normal de operação é o critério mais coerente para estabelecimento do marco inicial da APP no entorno de reservatórios artificiais, partindo-se de uma interpretação teleológica.

189. Com efeito, não se poderia assegurar a preservação integral do corpo hídrico se adotados como marcos iniciais para o cálculo da APP a cota mínima normal de operação ou a *cota maxima maximorum*.

190. Em sendo adotada a cota mínima normal de operação para início

da APP, estar-se-ia admitindo que parte da APP permaneceria inundada nos períodos de operação normal do reservatório, em local que se deve considerar o leito do corpo d'água.

191. Por outro lado, se o marco inicial da APP é fixado como sendo a cota máxima *maximorum*, haverá uma faixa de terra seca (não inundada nos períodos de operação normal) sem a proteção florestal, localizada entre o início da APP o nível máximo normal de operação. Neste caso, a área a ser preservada não ficaria imediatamente na margem do reservatório, já que o nível de água máximo *maximorum* raramente é atingido e, mesmo quando isso ocorre, a água tende a retornar ao nível anterior.

192. Portanto, a medição da APP no entorno dos reservatórios tinha início com a cota máxima normal de operação do reservatório, que é a interpretação que deve ser feita da expressão "nível máximo normal de operação", conforme previsto na Resolução CONAMA nº 302/2002.

193. Independentemente da discussão em torno da constitucionalidade da Resolução CONAMA n.º 302/2002, fato é que ao contrário da argumentação da Procuradoria-Geral da República, esse marco não se alterou com o artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012, já que a APP continua a ser medida a partir da cota máxima normal de operação. Tampouco se alterou a noção de cota *maxima maximorum*.

194. Inexiste, portanto, qualquer vício que macule os critérios adotados pelo legislador para medição da APP no entorno de reservatórios instalados antes de 2001.

(c.6.) Artigo 3.º, VIII, b

195. A Procuradoria-Geral da República requer expressamente que "*seja conferida interpretação conforme a Constituição aos incisos VIII e IX do art. 3º da Lei 12.651/12, no sentido de que, todas as hipóteses de intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, previstas exemplificativamente nos incisos VIII e IX do art. 3º, sejam condicionadas à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional,*

comprovada mediante processo administrativo próprio, conforme alínea "e" do inciso VIII e alínea "g" do inciso IX."

196. Isso porque, no entender da Procuradoria-Geral da República, o dispositivo, na forma como está redigido, daria a entender que os casos descritos nos incisos VIII e IX do artigo 3º da Lei Federal n.º 12.651/2012 autorizariam *per se* a intervenção em área de preservação permanente independentemente de alternativa técnica e locacional. Tudo em suposta afronta ao artigo 225 da Constituição Federal e aos deveres de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, de proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético, bem como a fauna e a flora.

197. Conforme será demonstrado a seguir, esta não é a melhor interpretação a ser dada ao artigo 3º, inciso VIII, alínea *b*, sob pena de macular a intenção do legislador e subverter o texto legal aprovado legitimamente conforme processo legislativo adequado.

(c.6.1.) Caráter excepcional das intervenções em caso de utilidade pública

198. Desde a aprovação do Código Florestal de 1965 o tratamento legal às áreas de preservação permanente sofreu mudanças, com a ampliação das hipóteses de intervenção, em casos de interesse social, utilidade pública e baixo impacto ambiental. Ou seja, o legislador entendeu que, em determinadas circunstâncias, em virtude do caráter excepcional, é justificada a intervenção nessas áreas.

199. Nesse contexto é que situações caracterizadas como de interesse social e/ou utilidade pública permitem determinadas intervenções nas propriedades imobiliárias. Para fins de intervenção/supressão de vegetação, em especial em APP, os conceitos de interesse social e de utilidade pública já vinham definidos no artigo 4.º, da Lei Federal n.º 4.771/1965:

“Art. 1º (...)

§2º-Para os efeitos deste Código, entende-se por: (...)

IV - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) **as obras essenciais de infraestrutura destinadas aos serviços públicos** de transporte, saneamento e **energia** e aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão;
- c) **demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA;**

“Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.”

200. Além das hipóteses definidas pelo Código Florestal então vigente, o CONAMA, por meio da Resolução nº 369, publicada em 28.3.2006, regulamentou as hipóteses qualificadoras de interesse social e utilidade pública, para os casos de intervenção ou supressão de vegetação em APP:

“Art. 2º O órgão ambiental competente somente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente caracterizada e motivada mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, e atendidos os requisitos previstos nesta resolução e noutras normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico-Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes, nos seguintes casos:

I - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) **as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia;**
- c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho;
- d) a implantação de área verde pública em área urbana;
- e) pesquisa arqueológica;
- f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados; e
- g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aquicultura, obedecidos os critérios e requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 11, desta Resolução.”

201. A Lei Federal n.º 12.651/2012 tratou de definir as atividades de utilidade pública, e os serviços de energia novamente integraram o rol dessas atividades, que gozam de *status* especial, o que autoriza a sua intervenção em APPs:

“Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

“Art. 3º

VIII - utilidade pública:

(...)

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho;

202. Exatamente pela relevância de algumas atividades, o legislador não vinculou, nesses casos, a intervenção em APP à análise de alternativa técnica e locacional, como o fez nas atividades similares que também venham a ser consideradas como de utilidade pública, previstas no artigo, VIII, alínea e:

“Artigo 3º

VIII - utilidade pública:

(...)

e) outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal;”

203. Parece evidente que, tivesse o legislador a intenção de vincular as atividades de energia à análise de alternativa técnica e locacional para intervenção em APP, teria mencionado expressamente na redação do

artigo 3º, III, alínea *b*, a exemplo do que fez na alínea *e*, do mesmo artigo. Assim, descabido que a Procuradoria-Geral da República pretenda usurpar legítimo processo legislativo, conferindo interpretação diversa ao artigo 3º, III, *b*, quando o seu texto não admite outra interpretação senão aquela conferida pela lei.

(c.6.2.) Da adequada aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição

204. A interpretação da Lei Federal n.º 12.651/2012 deve ser sistemática. Ao pleitear que este Excelso Tribunal interprete de forma distinta o artigo 3º, inciso VIII, alínea *b*, do seu texto literal e inequívoco, para condicionar as intervenções em APPs, no caso de atividades de energia, ao estudo de alternativas locacionais e técnicas, a Procuradoria-Geral da República pretende alterar o texto aprovado em conformidade com o sistema democrático brasileiro.

205. Tal prática é expressamente vedada por essa Excelsa Corte, que tem reconhecido o sentido literal do texto legal e a vontade do legislador como fatores limitantes à apreciação da matéria e interpretação do artigo conforme a Constituição, sob risco de atuar como legislador positivador.

206. Na Representação No. 1417-7, de Relatoria do I. Ministro Moreira Alves, essa Suprema Corte decidiu que o princípio da interpretação conforme a Constituição sofre restrições:

“O princípio da interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.

A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o S.T.F. – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir com legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.

Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o

Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

Em face da natureza e das restrições da interpretação conforme à Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta.

No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme a Constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocadamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos de interpretação lógica.”

207. As limitações ao princípio da interpretação conforme a Constituição foi debatido em outras ocasiões, tendo sido reconhecido o seu cabimento somente nos casos em que *"a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco"* (ADI nº 1344-1 – Espírito Santo, D.J. 19.04.1996).

208. Quisesse se voltar contra o artigo 3º, VIII, alínea b, da Lei Federal nº 12.651/2012, deveria a Procuradoria-Geral da República ter buscado a sua declaração de inconstitucionalidade e não que fosse interpretado de modo a alterar o seu texto, cujo mandamento é claro e inequívoco em não exigir a análise técnica e locacional para intervenção em APP, em caso de empreendimentos de energia.

(c.7.) Artigo 11

209. O artigo 11 da Lei Federal n.º 12.651/2012 estabelece que *"em áreas de inclinação entre 25º e 45º, serão permitidos o manejo florestal sustentável e o exercício de atividades agrossilvipastoris, bem como a manutenção da infraestrutura física associada ao desenvolvimento das atividades, observadas boas práticas agronômicas, sendo vedada a conversão de novas áreas, excetuadas as hipóteses de utilidade pública e interesse social."*

210. No entender da Procuradoria-Geral da República, a ocupação de áreas com inclinação entre 25.º e 45.º viola a exigência constitucional de reparação dos danos causados, o dever geral de proteção ambiental previsto no artigo 225 da Constituição da República, a exigência constitucional de que a propriedade atenda sua função social, além do princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental.

211. Como consequência, pleiteia que seja *"dada interpretação conforme Constituição ao art. 11 da Lei 12.651/12 para que seja admitido nas áreas com inclinação entre 25º e 45º apenas o manejo florestal sustentável, tal como previsto no regime anterior"*.

212. A Procuradoria não ataca expressamente as atividades de utilidade pública e de interesse social. Mas, por via reflexa, teme-se que o artigo seja interpretado de tal forma a somente autorizar o desempenho das atividades de manejo florestal sustentável, excluídas, portanto, as atividades de utilidade pública.

213. Ora, conforme já exposto nesta peça, situações de utilidade pública e interesse social são excepcionais, que justificam tratamento diferenciado a fim de harmonizar o interesse de proteção ambiental com os benefícios gerados à sociedade como um todo.

214. A análise sistêmica da Lei Federal n.º 12.651/2012 revela que tal instrumento visa a garantir que circunstâncias diferenciadas tenham tratamento distinto. O próprio artigo 8.º da Lei Federal n.º 12.651/2012, que não teve a sua constitucionalidade questionada pela Procuradoria-Geral da República, prevê que *"a intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto previstas nesta Lei."*

215. Nem se argumente que a ocupação das áreas com inclinação entre 25º e 45º com atividades de utilidade pública, como empreendimentos de energia, violaria exigência constitucional de reparação dos danos causados, conforme a Procuradoria-Geral da República pretendeu fazer crer. Impactos decorrentes desses empreendimentos são previamente

informados e analisados pelo órgão ambiental, no âmbito do licenciamento ambiental, em que são previstas medidas mitigadoras e compensatórias.

216. Da mesma forma, o artigo 11, da Lei Federal n.º 12.651/2012, ao autorizar expressamente o desempenho de atividades de utilidade pública, não deve ser entendido como atentatório à função social propriedade, eis que, ao recepcionar este tipo de atividade, está-se buscando atender aos interesses da sociedade sob o ponto de vista e social, como instrumento para efetivar o direito fundamental a uma vida digna, eis que o trabalho, educação e serviços básicos de saúde dependem da energia elétrica.

217. Além disso, tendo em vista **(a)** que, ao requerer que seja "*dada interpretação conforme Constituição ao art. 11 da Lei 12.651/12 para que seja admitido nas áreas com inclinação entre 25º e 45º apenas o manejo florestal sustentável, tal como previsto no regime anterior*", a Procuradoria-Geral da República busca que essa Excelsa Corte assumo o papel de legislador positivo, contra o qual essa Suprema Corte já se manifestou de forma contrária; e **(b)** que da análise dos argumentos invocados na ADI 4.903 não se conclui pela inconstitucionalidade da prática de atividades revestidas de utilidade pública em áreas com inclinação entre 25º e 45º, a ABCE roga pela constitucionalidade do artigo 11 da Lei Federal n.º 12.651/2012.

VI. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

218. É requisito para a concessão de medida cautelar a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, consistentes, respectivamente, na verossimilhança do direito invocado e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Se ausente um ou os dois requisitos, como é caso em questão, a cautela instrumental não deve ser, *concessa venia*, concedida.

(a) Ausência de *fumus boni iuris*

219. A ABCE se reporta aos tópicos antecedentes, nos quais

demonstrou que a Lei Federal n.º 12.651/2012 não está maculada por qualquer inconstitucionalidade, eis que os artigos aqui ventilados **(a)** estão revestidos de constitucionalidade formal, pois resultam de processo legislativo legítimo; **(b)** não violam os preceitos constitucionais previstos no artigo 225 da Constituição Federal, nem trazem comandos que impliquem violação à função social da propriedade ou retrocesso em matéria ambiental; **(c)** nem merecem interpretação diversa porquanto conforme com a Constituição Federal.

220. Os dispositivos contra os quais a Procuradoria-Geral da República se bate reconhecem o caráter excepcional das atividades de utilidade pública, dentre as quais a geração, transmissão e distribuição de energia se enquadram, cujos impactos ambientais são previamente avaliados pelo órgão ambiental, mitigados e compensados.

221. Vale ressaltar que a Lei Federal n.º 12.651/2012 definiu questões que não estavam amparadas adequadamente pelo antigo Código Florestal e, por conta disso, geravam insegurança jurídica aos destinatários da norma. Seja em matéria de reserva legal, porquanto o texto legal não era cristalino quanto à inaplicabilidade do instituto da reserva legal aos empreendimentos de energia; seja em relação às APPs, cujo tema era regulado por Resoluções editadas pelo CONAMA, com legalidade maculada pelo exercício ilegal de tal Conselho.

222. O tratamento específico às atividades de geração, transmissão e distribuição de energia, no que tange às APPs assim como a Reserva Legal, resultam de um longo processo histórico e dialético. A Lei Federal n.º 12.651/2012 é fruto do sopesamento realizado pelo legislador sobre os diversos interesses individuais, sociais e coletivos afetados pelas situações abarcadas pela legislação florestal, considerados critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, sem que tenha havido violação ao texto constitucional no tratamento legal dado à matéria.

223. Diante da ausência da demonstração da verossimilhança das alegações trazidas pela Procuradoria-Geral da República, não está presente o primeiro requisito para conceder a cautela pleiteada nas ADIs nºs 4.901, 4.902 e 4.903.

(b) Ausência de periculum in mora

224. A ABCE entende que a Procuradoria-Geral da República não logrou comprovar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da não concessão da medida cautelar.

225. Com todo o devido respeito e acatamento, tivesse a Procuradoria-Geral da República receio dos supostos danos irreparáveis ou de difícil reparação decorrentes da vigência dos artigos da Lei Federal nº 12.651/2012 objeto das ADIs nºs 4.901, 4.902 e 4.903, elas não teriam sido ajuizadas quase 8 meses após a entrada da Lei Federal n.º 12.651/2012 em vigor.

(c) *Periculum in mora reverso*

226. A ABCE tem por importante ressaltar que a eventual concessão de medida cautelar, para suspender a eficácia dos artigos debatidos nas ADIs nºs 4.901, 4.902 e 4.903, o que se admite por apego ao argumento, poderia gerar dano irreparável ou de difícil reparação ao setor de energia elétrica.

227. Isso porque, seguindo a sistemática do artigo 11, da Lei nº 9.868, no caso de a medida cautelar ser concedida, deve ser aplicada legislação anterior quando existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

228. Ocorre que a Lei Federal n.º 4.771/1965 é omissa em relação a algumas questões aqui debatidas, tais como a inaplicabilidade do instituto da reserva legal para empreendimentos de energia elétrica, o que geraria novamente uma situação de incerteza jurídica. Em relação às áreas de preservação permanente, a situação voltaria a ser regida por um emaranhado de normas de legalidade discutível e as atividades desenvolvidas em áreas consolidadas ficariam num verdadeiro vácuo legal.

229. Além disso, Código Florestal é um diploma legal complexo, cuja

análise deve ser sistêmica e integrada. A declaração da inconstitucionalidade de alguns artigos, ou seja, de parte da Lei Federal n.º 12.651/2012, poderá levar a certas incongruências e confusão para o setor elétrico e órgãos fiscalizadores quanto à aplicação da lei, culminando em indesejadas ações judiciais.

230. Diante da complexidade da matéria, e porquanto não ficou demonstrado o *periculum in mora* nas ADIs propostas pela Procuradoria-Geral da República, a ABCE roga não seja concedida medida cautelar, diante dos indesejados efeitos decorrentes de eventual decisão neste sentido.

VII. CONCLUSÃO E PEDIDO

231. Por todo o exposto, requer a ABCE seja deferido seu pleito de ingresso nas ADIs n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903 na condição de *amicus curiae*, conforme autoriza o artigo 7.º, §2.º, da Lei Federal n.º 9.868/1999.

232. Roga, também, a ABCE seja a medida cautelar requerida pela Procuradoria-Geral da República integralmente indeferida, porquanto ausentes os requisitos necessários à concessão do pleito e diante do grave risco de tumulto e insegurança jurídica que seu deferimento acarretaria.

233. Ademais, demonstrada a constitucionalidade formal e material dos dispositivos impugnados nas ADIs n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903, requer a ABCE seja julgado improcedente o pedido de **(a)** declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, §§1.º e 4.º, 12, §7.º, 61-A e 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012; e **(b)** interpretação ou declaração de inconstitucionalidade de expressões prevista nos artigos 3.º, VIII, b, 4.º, III, 5.º e 11, da Lei Federal n.º 12.651/2012, conforme entendimento da Procuradoria-Geral da República.

234. Requer a ABCE, por fim, seja facultado aos seus advogados a

produção de sustentação oral, nos termos do artigo 131, §3.º⁷⁸, do Regimento Interno deste Colendo Tribunal.

Termos em que
pede deferimento.

Brasília, 1.º de julho de 2013.

Werner Grau Neto
OAB/SP nº 120.564
OAB/DF nº 2.202-A

Vicente Coelho Araújo
OAB/DF nº 13.134

Maria Christina M. Gueorguiev
OAB/SP nº 186.187

Paula Susanna Amaral Mello
OAB/SP nº 287.655

⁷⁸ “Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral.

§ 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento”.