

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

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

RESUMO DOS FATOS

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

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

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

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

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

Nada obstante, **no decorrer do processo**, além da apresentação de pareceres e propostas de deputados federais que defendiam determinados interesses, houve especial alteração da proposta inicial de resolução, com a **inserção** do que se classifica como **verdadeiro “corpo estranho” aos limites da delegação legal de competência ao CONAMA.** Referido “corpo estranho” se consubstancia na **mudança de redação do artigo 9º original, para excluir a proteção de 300 metros incidente sobre “restingas”, consideradas áreas de preservação permanente pela Lei 4771/65.**¹

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

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

¹ A Lei 4771/65, com redação dada pela Medida Provisória 2166-67-2001, foi regulamentada pela Resolução CONAMA 303/02, que estabeleceu parâmetros ambientais de proteção para as áreas de preservação permanente, dentre as quais, as restingas. Logo, uma nova resolução sem delegação expressa para tanto, que viesse a tratar do tema, ainda mais retirando proteção especial, seria de todo descabida, verdadeiro retrocesso sob o aspecto da proteção de direitos fundamentais, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este tema será tratado adiante.

Registre-se, desde logo, que eventual pretensão de se suprimir proteção de que qualquer tipo de ecossistema que ocorra em Domínio de Mata Atlântica deverá ser tratada como “matéria estranha” à caracterização dos estágios sucessionais das fitofisionomias que a compõe (a Mata Atlântica), e, portanto, aos limites de delegação de competência conferidos ao CONAMA.

RESTINGAS SÃO LEGALMENTE CONSIDERADAS

APPs

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

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

IX - nas restingas:

a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;

b) em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues;

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

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

[C1] Comentário: Interesse metaindividual, inclusive de acordo com o art. 225 da Constituição

² As áreas de preservação permanente podem ser consideradas uma espécie do gênero “espaços especialmente protegidos”, do qual trata o artigo 225 da Constituição Federal. Em verdade, de acordo com a redação do inciso II do § 2º do art. 1º do Código Florestal sua importância é tanta, que independe de estarem ou não cobertas por vegetação.

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

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

(grifos nossos)

[C2] Comentário: Diz o parecer não ser possível indicar metragem

NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 9º DA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO

Decerto que **a nova redação do artigo 9º constante da proposta de resolução do CONAMA,** cuja delegação legislativa se deu tão somente para a definição dos estágios sucessionais de vegetação de domínio de Mata Atlântica, **extrapola os limites da delegação conferida pelo legislador, o que não se pode considerar lícito.**³ A nova redação ao antigo artigo 9º, passou a ter a seguinte dicção:

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

Ora, como o legislador delegou ao CONAMA **tão somente a tarefa de: “definição de vegetação primária e de vegetação secundária nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica”**, a toda evidência que nenhuma outra tarefa foi delegada ao Conselho, **muito menos alguma que possa trazer retrocesso ao arcabouço normativo de proteção dos espaços especialmente protegidos.**⁴

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

³ Este registro tem pertinência na exata medida em que a proposta original de Resolução - que respeitava os limites da delegação mencionada - foi alterada por lavra do atual Senhor Ministro do Meio Ambiente, Dr. Carlos Minc, que inseriu em seu bojo, após provocação do Deputado Federal Fernando Chucri

⁴ O art. 225 da Constituição estabelece o Poder Público está incumbido de criar espaços especialmente protegidos: “III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, **sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção**”. Grifos nossos

da Lei 11.428/2006) se traduz em excesso, vale dizer, extrapolação dos limites funcionais, o que pode se traduzir em **ilicitude**.

[C3] Comentário: Os agentes públicos ou quem lhes faça as vezes pode incorrer nas hipóteses da Lei nº 8429/92 arts. 9º, 10 e 11, além das penas do art. 12.

DO EXCESSO E DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como já se mencionou, **não foi delegado qualquer poder regulamentar que exceda os estritos e estreitos limites conferidos pelo legislador da Mata Atlântica**, em especial no que tange ao artigo 4º da Lei nº 11428/06. Vale ressaltar, **por conseguinte, que incide na espécie o Princípio da Legalidade (estrita)**. Este se traduz em verdadeiro princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito,⁵ claramente estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal. Mais que isso, é enfatizado pelo artigo 37 da Lei Fundamental, de modo que ambos traçam contornos claros sobre os limites de atuação do Estado e de seus agentes, que devem pautar suas atividades, como dito, com o mais absoluto respeito ao Princípio da Legalidade. Senão vejamos:

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

Segundo **Edmir Netto de Araújo**, o Princípio da Legalidade “... para o Poder Público, mencionado no art. 37, significa que o agente público, as autoridades, a Administração, enfim, **só poderão fazer o que a lei determina ou permite expressamente, devendo agir de acordo com a lei e o interesse público**,⁶ não podendo prevalecer frente a estas decisões e interesses individuais. Este desdobramento do princípio da legalidade é conhecido, em Direito Administrativo, como **princípio da legalidade estrita, ou princípio da restritividade**: as leis administrativas são de ordem

[C4] Comentário: DOUTRINA, atendimento a lei e ao interesse público

⁵ CF. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”. A criação do estado de direito, ou seja, o estado que se submete aos comandos da lei, trata-se, pois, de uma das maiores conquistas do Estado Moderno, surgido a partir das revoluções liberais do século XVIII, e que assegura a possibilidade de limitação dos excessos das autoridades.

⁶ Interesse público para Hely Lopes Meireles pode ser definido como “... aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros”. (MEIRELLES, 1991:77)

pública, contendo **'poderes-deveres' irrelegáveis pelos agentes públicos, que não as podem, portanto, descumprir**".⁷ (grifos nossos e no original)

[C5] Comentário: Trata-se de Poder-dever, que vincula o agente público ou quem faça suas vezes.

Logo, infere-se que qualquer menção contida no bojo de eventual - e futura - RESOLUÇÃO que venha a extrapolar este limite legalmente atribuído (caput do art. 4º da Lei da Mata Atlântica), deve ser tratada como “estranha”, à delegação, ou seja, verdadeiro excesso do CONSELHO, passível de providências que objetivem sua correção.

A esse respeito, decerto que eventual excesso - ou desvio nos limites das atividades exercidas com base em delegação de competência - pode trazer uma variada gama de conseqüências indesejáveis, em especial quando se leva em consideração o interesse público ambiental consubstanciado, in casu, na necessidade de se efetivar a proteção do espaço especialmente protegido RESTINGA (APP nos termos do art. 2º, “f”, da Lei nº 4771/65).

Dentre as **conseqüências decorrentes da criação de resolução que porventura exceda os limites delegados** de atuação do CONAMA, decorrerá, evidentemente, **nulidade absoluta** de dispositivo editado de forma estranha à delegação. Demais disso, se pode mesmo antever eventual **incursão** daqueles que concorram para o ato, nos termos do quanto disposto no **artigo 11 da Lei nº 8429/92**, caso seja o mesmo **lesivo ao interesse público ambiental e aos princípios que regem as atividades da administração pública, em especial quanto aos limites legais de competência.** A propósito, registre-se:

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

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

Aliás, não só a chamada Lei da Mata Atlântica, como também a Constituição Federal, seja do artigo 225, seja no artigo 23 - que tratam da proteção do

⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de, Curso de Direito Administrativo, ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p.51

meio ambiente e da competência para fins de exercício do poder de polícia em matéria ambiental ⁸, respectivamente - possuem como “telos” a proteção do Domínio Mata Atlântica, do qual as restingas fazem parte. ⁹

DO PODER DE POLÍCIA ¹⁰ QUANTO A PROTEÇÃO AMBIENTAL

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

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

⁸ Poder de polícia deve ser realizado pelos órgãos da União, dos Estados e dos Municípios, e deve se realizar de forma a atender ao interesse público ambiental.

⁹ Vale ressaltar que a chamada Nova Hermenêutica do Direito contempla não só a questão da inclusão dos valores-normas-princípios como categoria máxima que fundamenta a Constituição e do ordenamento jurídico pátrio - o que ressalta o papel da fundamentalidade dos Princípios do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e da Sustentabilidade. Contempla também a necessidade de se assegurar, por meio da interpretação sistemática e finalística, a proteção das vegetações de Domínio de Mata Atlântica consignadas no texto da Lei nº 11.428/06.

¹⁰ Para Hely Lopes Meirelles “A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce e seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, (...). A finalidade do poder de polícia, (...), é a proteção ao interesse público no seu sentido mais amplo. Nesse interesse superior da comunidade entram não só os valores materiais como, também, o patrimônio moral e espiritual do povo, (...)” (MEIRELLES, 1997:117-118)

especial quando se trata de potencial retrocesso na proteção dos remanescentes de Mata Atlântica.

Pois bem, no que tange ao exercício do poder de polícia no âmbito da consagração do interesse público ambiental, obviamente que tanto o Legislativo quanto o Executivo,¹¹ em qualquer das esferas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), devem primar pela proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena de incorrerem em flagrante inconstitucionalidade. Não é outra a leitura que se depreende do artigo 23 da Constituição, abaixo transcrito:

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

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

Como o sistema jurídico pátrio - que estabelece a democracia representativa e participativa - autoriza a atuação da sociedade na criação de políticas públicas e normas, (com)partilhando o poder direto com o Estado, decerto que aos Conselhos criados com esse mister, não se retira a necessidade de respeito à Constituição e seus princípios e às normas infraconstitucionais. Assim sendo, ainda que o CONAMA receba funções tipicamente estatais (de regulamentação), curial que se submeta a todo o arcabouço jurídico correlato a suas atividades.¹²

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

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

¹¹ Em verdade, todos os Poderes do Estado, inclusive o Judiciário têm o dever de defender e preservar o meio ambiente, dever esse que se estende à coletividade, nos termos do art. 225 da Constituição.

¹² Vale ressaltar que o constituinte previu o valor: ambiente equilibrado como sendo essencial, fundamental à sociedade brasileira, tanto que passou a ter o status de princípio-norma, orientando tanto o Estado como a coletividade (BONAVIDES, 2007:592/647)

nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

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

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

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação; (grifos nossos)

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

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

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (**CONAMA**), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

Tendo em apreço, pois, o quanto dispõem referidos artigos, percebe-se claramente que a atuação dos órgãos do SISNAMA deve respeitar a Constituição e seus valores-normas-princípios,¹³ como também os ditames da Política Nacional do Meio Ambiente e outras normas que venham a ser editadas no exato sentido de se proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou de outra forma, também a Lei nº 11.428/06, interpretada em conjunto e em consonância com a Constituição e a Política Nacional do Meio Ambiente deve guiar o CONAMA nas atribuições que lhe são delegadas, o que atende, inclusive, o Princípio da Legalidade.

¹³ Aliás, Guilherme Purvin também ressalta que “É importante consignar que a hermenêutica do nosso direito positivo orienta-se por determinados princípios fundamentais elencados no art. 1º da Constituição da República, dentre os quais destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A regulamentação de leis voltadas a proteção de direitos humanos de segunda e de terceira geração coloca em primeiro plano os fundamentos principiológicos de nosso ordenamento constitucional”, op. cit., pp. 237/238.

Importante ressaltar que o CONAMA, que integra o Sistema Nacional do Meio Ambiente, possui várias atribuições e prerrogativas, inclusive a de editar normas na forma de resoluções destinadas a criar padrões de proteção ambiental.¹⁴ Nada obstante, a prerrogativa de edição de normas não equivale a um “cheque em branco” para edição de resoluções em desconformidade com os princípios constitucionais e demais normas que eventualmente lhe deleguem o poder-dever de edição de padrões ambientais, repita-se, sempre nos estritos limites da delegação atribuída.

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

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

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

Enfim, no âmbito do uso de suas prerrogativas e atribuições, deve o CONAMA propor resolução que atenda aos Princípios do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e da Sustentabilidade,¹⁵ assim como deve atender aos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente e respeitar suas finalidades e atribuições enquanto órgão do SISNAMA e da Administração Pública Ambiental, que tem seus atos vinculados ao Princípio da Legalidade (estrita).

¹⁴ Para Guilherme José Purvin de Figueiredo, “As competências em matéria ambiental acham-se arroladas ao longo de diversos dispositivos da Constituição Federal mas, para efeito de análise da questão posta, importa atentar para os arts. 23, VI e VII (competências materiais) e 24, VI, VII e VIII. Da leitura de referidos dispositivos conclui-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no exercício de suas atribuições administrativas, devem proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, além de preservar a fauna e a flora. Sob a perspectiva legislativa, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de, A propriedade no direito ambiental, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 219 e ss.

¹⁵ Utilizamos como noção de sustentabilidade a idéia que deve haver uma inter-relação direta entre equilíbrio ecológico (com respeito à capacidade suporte), sábia qualidade de vida, e distribuição justa dos benefícios decorrentes das atividades de produção econômica, de modo a atender o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, respeitando a equidade entre as gerações (SARLET, 1999:164).

PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ¹⁶

Pior do que extrapolar suas atribuições, consubstanciadas na delegação legislativa do artigo 4º da Lei nº 11.428/06 é dar azo à ocorrência de retrocesso quanto à proteção e defesa do meio ambiente. ¹⁷ Isto porque em assim agindo, não só desrespeita os limites de sua delegação (e de competência), como o escopo de suas atividades, o que afronta claramente os valores-normas-princípios constitucionais.

[C6] Comentário: Proibição do retrocesso, Princípio constitucional que pode confrontar normas escritas

Cumprido ressaltar que todo o Sistema Ambiental construído pelo Estado, inclusive considerando compromissos internacionais assumidos, ¹⁸ parte de princípios que remetem à necessidade de melhoria contínua como forma de atender às demandas da sociedade, vale dizer, ao interesse público, havendo limites para a superveniência de medidas retrocessivas.

[C7] Comentário: Convenções, tratados e compromissos que podem passar a integrar o ordenamento jurídico pátrio.

Em sendo assim, a proposta de resolução cuja redação foi alterada por lavra do Senhor Ministro do Meio Ambiente em meio a pressões grupos de interesse representados por determinado Deputado Federal, caso acatada e transformada efetivamente em resolução, *se consubstanciará um forte caráter de retrocesso da proteção ambiental*. Aliás, *a idéia subjacente à proibição do retrocesso é justamente a de que não se*

¹⁶ A proibição do retrocesso é uma construção doutrinária que já passa a sedimentar-se na jurisprudência pátria e tem íntima relação com os direitos fundamentais, sejam eles (os direitos) individuais, sociais, coletivos ou difusos. Para Orci Teixeira “O princípio da proibição de retrocesso – princípio de conteúdo axiológico, cuja fundamentação está cimentada metapositivamente – é consequência da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais. (...). No sistema do direito ambiental brasileiro, o princípio da proibição guarda coerência com um dos objetivos deste ramo do direito: melhorar a qualidade ambiental recuperando áreas degradadas e defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado”, op. cit., p. 124. Vide MOLINARO, 2006:110 e ss.

¹⁷ Não custa lembrar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado como direito fundamental, razão por que deve ser tido na mais alta conta, inviabilizando a manutenção de normas editadas em contrariedade ao mesmo. Para Teixeira “O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil, a exemplo de outros países, é apresentado e estruturado como direito fundamental por ser essencial à sã qualidade de vida; e tem como meta, entre outras, a defesa dos recursos ambientais de uso comum do povo, ou seja, o patrimônio da humanidade, necessários para uma vida digna” e prossegue “A proteção ambiental projeta-se direta ou indiretamente no domínio dos direitos fundamentais e relaciona-se diretamente com a própria dignidade da vida em um Estado Democrático de Direito.” (TEIXEIRA, 2006:67)

¹⁸ Em que pese a preocupação global com a proteção do meio ambiente, cumpre destacar que as preocupações transcendem a localidade e remetem à construção de um direito universal e fundamental do meio ambiente. O mesmo autor ressalta que: “Portanto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, embora seja direito humano, é também direito fundamental, cujos titulares são as pessoas sob a jurisdição do Estado brasileiro; e o direito ao ambiente, na condição de direito humano, é universal. Diante desta comparação, juridicamente é correto inferir que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, com assento na Constituição do Brasil, a exemplo das legislações estrangeiras citadas, quando foi apresentada a evolução do direito ambiental”, (TEIXEIRA, op. cit. p. 70)

permita aniquilar a efetiva concretização de avanços alcançados na implementação dos direitos fundamentais.¹⁹

De acordo com os motivos que estabeleceram a necessidade de edição da Lei nº 11.428/06 - os quais estão em consonância com Princípios constitucionais e que se coadunam inteiramente aos compromissos internacionais assumidos pelo país - **a proposta veiculada pelo artigo 9º atual, que objetiva a extirpação da alínea “a”, do inciso IX do art. 3º da Resolução 303/02 do CONAMA, revela, repitase, um gravíssimo retrocesso.** Logo, a par da ilicitude quanto à extrapolação dos limites da delegação legislativa e da esfera de competência normativa, atenta contra o interesse público ambiental, viabilizando a superveniência de inaceitável prejuízo à coletividade.²⁰

Isto, pasme-se, ocorre em plena era da proteção dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou ainda difusos ou coletivos alicerçados por **princípios constitucionais.**²¹ Dentre referidos princípios está o da **Dignidade da Pessoa Humana,** que perpassa todo o ordenamento jurídico e se encontra na raiz dos fundamentos e objetivos do legislador constituinte (art. 1º, inciso III). Corolário deste princípio é o **Direito à**

¹⁹ Para Narbal Antonio Mendonça Fileti, “O princípio tem sede material na Constituição brasileira de 1988, decorrendo dos princípios do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano.” Para o autor, aliás, o “princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, **tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.** FILETI, Narbal Antonio Mendonça Fileti acessado em 22/06/2009 no endereço: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12359>

²⁰ Tratando da questão da proibição do retrocesso no âmbito do meio ambiente, Sarlet afirma que “... As diversas possibilidades que envolvem uma noção abrangente de proibição de retrocesso encontram na seara do direito ambiental uma importante e peculiar manifestação, de tal sorte que se poderá falar aqui – como acentua Carlos Alberto Molinaro – em um princípio de vedação da retrogradação. Já que o direito ambiental cuida justamente da proteção e promoção dos bens ambientais, especialmente no sentido de impedir a degradação do meio ambiente, o que corresponde, por sua vez, a uma perspectiva evolucionista e não involuconista da vida.” (SARLET, 2007:445)

²¹ Para Orci Teixeira, o meio ambiente “Na condição jurídica de patrimônio da humanidade, o ambiente impõe o dever de proteger e de poupar os recursos ambientais – e necessita da intervenção estatal para tal mister. Como interesse difuso e coletivo, determina ao Poder Público a obrigação, entre outras, de fiscalizar as atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras, limitando ou proibindo o uso dos recursos ambientais” e prossegue o autor ao afirmar que “Face à eficácia dos direitos fundamentais, o Poder Público passa a ter o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado que, visto sob a perspectiva subjetiva, é interesse individual; e, visto sob a perspectiva objetiva, é também direito subjetivo coletivo transindividual”, op. cit, p. 72.

Vida,²² insculpido no artigo 5º da Magna Carta, com a ressalva de que referido ***direito à vida, contempla, necessariamente, a dignidade. Esta (vida digna), por sua vez, só pode ser atingida quando há ambiente propício para tanto.***

[C8] Comentário: Construção do raciocínio jurídico

Infere-se, pois, que os ***valores constitucionais, que se traduzem em normas-princípios, devem ser necessariamente perseguidos.*** Inclui-se aí, pois, a ***Vida Digna que só se realiza com o respeito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, a ser assegurado para as presentes e futuras gerações, donde se vê, claramente, a sedimentação do Princípio do Desenvolvimento Sustentável.*** Estas observações resumem a Nova Hermenêutica do Direito defendida por autores importantes, a exemplo, no país, de Paulo Bonavides.²³

[C9] Comentário: Contrato social, por um lado, e o peso relativo dos interesses da sociedade

Ora, a Constituição trata da necessidade de estabelecimento de espaços especialmente protegidos como forma de atingir o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, incisos I e III).²⁴ Da mesma forma quanto Código Florestal (art. 2º, “f”) estabelece serem as restingas áreas de preservação permanente, com o que, o CONAMA, exercendo suas atribuições regulamentares estabeleceu por meio da Resolução 302/02 (art. 3º, inciso IX, “a”) como parâmetro para sua proteção, que se considere, minimamente, os 300 metros medidos a partir da linha de preamar máxima.

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

Sobre ser a proteção das restingas definida especificamente por uma resolução (Resolução 303/02), infere-se que, ***para além da extrapolação de atribuições delegadas pelo Legislador da Mata Atlântica, poderá surgir uma imensa ameaça à sua***

²² 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:

²³ BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, ed. Malheiros, São Paulo, 2007, pp. 579/647.

²⁴ O inciso II do § 1º do art. 225 da Constituição deixa claro que somente por meio de lei em sentido estrito pode alterar ou suprimir espaços especialmente protegidos, com o que, a proteção conferida por norma apta a sua instituição, não pode ser desfeita por norma de igual ou inferior hierarquia.

efetiva proteção, o que vai exatamente à contramão da história e da efetiva proteção do meio ambiente, lembrando as restingas ocorrem na Zona Costeira, considerada Patrimônio Nacional pela Constituição.²⁵ Mais que isso, possibilita-se um retrocesso não aceito pelo sistema jurídico pátrio, justamente porque vai de encontro ao Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Nem se diga, ademais, que referida resolução 303/02 não poderia fixar parâmetros métricos, porquanto esta pífia afirmação refoge da sistemática constitucional que permite a delegação para a criação de parâmetros.²⁶ Do contrário se estaria diante de norma inaplicável, verdadeira letra morta pela impossibilidade de indicação de critérios objetivos, que definissem para cada região ou localidade, o *modus operandi* da administração pública para atuar no uso de suas atribuições de polícia.²⁷

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

²⁵ Conforme mencionamos em artigo específico, “Podemos caracterizar para fins do presente trabalho Patrimônio Nacional sendo um conjunto de bens pertencentes à nação brasileira, assim declarado pela Constituição Federal, que em decorrência de suas características especiais, tais como valor histórico, paisagístico, social, ambiental e econômico, conferem status especial, exigindo a manutenção das condições básicas para sua preservação”. www.caaoby.org.br, acesso em 22/06 de 2009.

²⁶ Esta fraca tese decorre de parecer colacionado ao processo pelo Deputado Federal Fernando Chucri, que ameaçou iniciar um processo para constituição de Decreto Legislativo com o fim de extirpar da ordem amento jurídico a referida alínea “a” do inciso IX do art. 3º da referida resolução. Relembre-se, que este raciocínio deveria ser aplicado *in totum*, a todas as resoluções do CONAMA que instituem padrões ambientais, o que é um contra-senso, verdadeiro absurdo

²⁷ O mesmo Guilherme Purvin ensina quanto à efetiva possibilidade de regulamentação de padrões ambientais pelo CONAMA que: “As resoluções do CONAMA visam a concretizar a aplicação do Direito Ambiental, cujo ápice é a Constituição Federal – art. 225 e seus incisos e parágrafos. A especificação, nas resoluções 302 e 303 do CONAMA, de determinadas modalidades de áreas de preservação permanente está muito longe de consubstanciar indevida delegação ou atribuição de competência do Congresso Nacional. Trata-se, na verdade, de implementação da vontade do legislador constituinte (art. 225, § 1º, III – definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos), que se encontra albergada em lei ordinária – arts. 2º e 3º da Lei Federal 4.771/65 (Código Florestal). O Código Florestal determina que as florestas e demais formas de vegetação nas áreas nele descritas são de preservação permanente. No entanto, o legislador ordinário deixou de minudenciar, na letra *b* do art. 2º, o significado do termo redor (das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais e artificiais). Seria sua intenção tornar inócuo tal dispositivo? É evidente que não! Impõe-se, assim que o CONAMA implemente os comandos constitucional e legal, promovendo a proteção ecológica desses espaços territoriais. Assim foi feito e, nos termos do art. 3º, III *a* e *b*, da Resolução 303/2002, essa área de preservação permanente será de trinta metros para os lagos e lagoas naturais que estejam situados em áreas urbanas consolidadas e de cem metros para aquelas que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d’águas com ate vinte hectares de superfícies, cuja faixa marginal será de cinquenta metros”. (PURVIN, op. cit., pp. 237/238)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;²⁸

Notadamente que com a medida inserida na proposta recente de resolução, o que se busca, melhor dizendo, o que está em jogo, não é a simples flexibilização do uso das restingas, consideradas Área de Preservação Permanente, mas sim sua efetiva aniquilação, considerando a voracidade que a indústria da especulação imobiliária demonstra pelo uso destas áreas.²⁹

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

²⁸ Nesse sentido, o de que somente se pode alterar os espaços especialmente protegidos por meio de lei, Machado informa que “Nem todo território brasileiro está submetido à mesma proteção jurídica, os que gozarem de uma especial proteção – como os destinados às florestas de preservação permanente e as reservas legais florestais – só poderão ser alterados ou suprimidos através de lei. A Constituição Federal não está impedindo totalmente que a lei suprima ou altere esses espaços, mas indica procedimento específico para a transformação. (...) Decretos, portarias e resoluções administrativas não podem alterar e suprimir espaços protegidos e seus componentes, isto é, a flora e a fauna que estão nesses espaços”. (MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro, ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 686). Grifos nossos.

²⁹ Não custa relembrar que as restingas ocorrem nas zonas costeiras, normalmente domínio de Mata Atlântica, o qual tem uma de suas maiores áreas de proteção, incidente na Serra do Mar, vale dizer, está-se falando de Apps que são consideradas, além de toda a proteção que merecem por sua função ecológica, Patrimônio Nacional pela Constituição Federal: § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônios nacionais, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

DA TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO

No que tange aos princípios relativos ao Processo Administrativo Ambiental, vale ressaltar que os da **transparência e da informação ampla** ³⁰ **ajudam a constituir o princípio da participação, da efetiva cidadania.** ³¹

[C10] Comentário: Democracia participativa e representativa, nos termos do art. 1º da Constituição Federal

Em sendo assim, curial que a questão da supressão da proteção das restingas **deveria ter passado por discussão ampla**, não devendo exsurgir em decorrência pura e simples de pressões de grupos de interesse em meio ao processo; sem contar que não só há extrapolação de delegação, como também de competência, uma vez que a matéria deve ser tratada por lei. ³²

[C11] Comentário: No processo não houve grande discussão após a manifestação do deputado Fernando Chucre

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

Não é por outra razão que Araújo ensina que “*Há, ainda, outro comando constitucional do art. 37, § 1º da CF, determinando que a publicidade oficial deva ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, vedando promoção pessoal de autoridades e agentes públicos. Se todos são iguais perante a lei e perante a Administração, como se viu, e se esta deve pautar suas ações pelo princípio da legalidade e da primazia do interesse público, evidencia-se também que todos têm o direito de ter conhecimento do que os agentes fazem no gerenciamento da coisa pública. É o sentido geralmente designado por*

³⁰ Para Celso Fiorillo, o Princípio da Informação Ambiental, que se encontra consagrado nos artigos 6º, § 3º e 10 da Lei nº 6938/81 “é corolário do direito de ser informado, previsto nos art.s 220 e 221 da Constituição Federal”. O citado art. 220 engloba não só o direito a informação, mas também o direito a ser informado (...), que se mostra como um direito difuso, sendo, por vezes, um limitador da liberdade de informar, FIORILLO, Celso Pacheco Antonio, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 42

³¹ O art. 1º, inciso II da Constituição trata a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito. Nada obstante, para o mesmo autor, o princípio da Participação remete ao ensinamento de que “ao falarmos em participação, temos em vista a conduta de tomar parte em alguma coisa, agir em conjunto. (...) Disso retira-se uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação” e mais adiante assevera que “o princípio da participação, constitui, ainda, um dos elementos do Estado Social de Direito”, op. cit., pp. 41/42

³² Art. 225, § 1º, inc. III da Constituição.

transparência,... A publicidade, como conhecimento dado a população, das leis, decretos, atos, decisões, contratos etc., é regra, portanto, e não exceção, é fator de eficácia e requisito de moralidade: a publicação não convalida atos irregulares nem os regulares a dispensa, para sua operacionalidade.” (ARAUJO, Edmir Netto de, Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 58)

A toda evidência que a supressão da proteção das restingas, para muito além de constituir excesso quanto à delegação dada pelo legislador da Mata Atlântica, ofende diretamente ao Princípio da Proibição do Retrocesso relativo à concretização dos direitos fundamentais. Mas não é só, a parca e pobre discussão acerca da referida eliminação da proteção das restingas ataca frontalmente os Princípios da Informação, da Participação e da Transparência da Administração, o que, via de consequência, fere de morte o fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito, visto que um de seus alicerces vale dizer, a Cidadania, igualmente resta malograda.

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

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

Santos, 25 de junho de 2009.

Fabio Ribeiro Dib

OAB/SP nº 132.931

Bibliografia

- ARAÚJO, Edmir Netto de, Curso de Direito Administrativo, ed. Saraiva, São Paulo, 2007.
- BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, ed. Malheiros, São Paulo, 2007.
- FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de, A propriedade no Direito Ambiental, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- FILETI, Narbal Antonio Mendonça Fileti, Proibição do Retrocesso, acessado em 22/06/2009 no endereço: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12359>
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, ed. Saraiva, São Paulo, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
- MOLINARO, Carlos Alberto, Direito Ambiental - Proibição do Retrocesso, ed. Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa Humana, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.) título do artigo: Os Direitos Fundamentais Sociais da Constituição de 1988 in O Direito Público em Tempos de Crise (estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel) ed. Livraria do Advogado, 1999.
- TEIXEIRA, Orsi Paulino Bretanha, O Direito AO meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.