

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR**

**A (IN)VALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 COM O
ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL**

PAULO REMUS GREGÓRIO

**FLORIANÓPOLIS - SC
2018**

PAULO REMUS GREGÓRIO

**A (IN)VALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 COM O ADVENTO DO
NOVO CÓDIGO FLORESTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes
Niebuhr

FLORIANÓPOLIS - SC

2018



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): PAULO REMUS GREGÓRIO

RG: 5.400.669 – SSP/SC

CPF: 094.856.139-46

Matrícula: 14101533

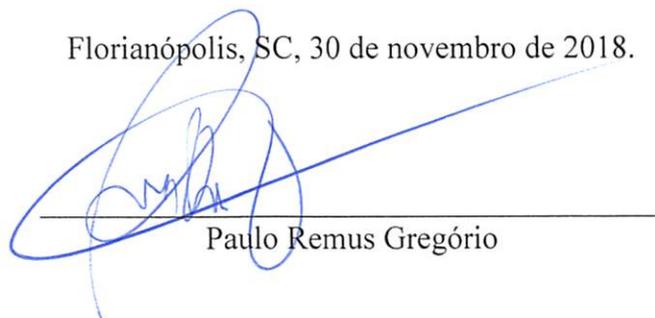
Título do TCC: A (IN)VALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 COM O
ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Orientador (a): Pedro de Menezes Niebuhr

Eu, PAULO REMUS GREGÓRIO

acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 30 de novembro de 2018.



Paulo Remus Gregório



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
 CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
 CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
 TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
 E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado A (IN)VALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL, elaborado pelo(a) acadêmico(a) PAULO REMUS GREGÓRIO defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 30 / 11 / 2018.

Pedro de Menezes Niebuhr
Orientador

Felipe Neves Linhares
Membro

Nelson Tonon Neto
Membro

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, sou imensamente grato aos meus pais, Antônio e Aneli, e minhas irmãs, Isaura e Lídia, por estarem ao meu lado durante toda minha trajetória e por representarem o que de mais valioso tenho na vida.

Agradeço a todos os meus familiares, em especial à minha tia Adriane e meus primos Pedro e Sofia por fazerem a nossa grande família de Chapecó/SC, que tanto amo, mais presente no meu cotidiano.

Agradeço muito ao meu orientador Pedro de Menezes Niebuhr, o qual levo para a vida como inspiração de advogado talentoso e professor vocacionado.

Agradeço, também, aos integrantes da banca, Nelson Tonon Neto, que tenho a felicidade de ter como grande e sincero amigo e fonte de inspiração, e Felipe Neves Linhares, estudioso profissional.

Agradeço à Defensoria Pública da União, na pessoa da Defensora Pública Federal Dra. Vanessa Almeida Moreira Barossi, por me mostrar que o Direito envolve vidas e histórias.

Agradeço à Procuradoria da República em Santa Catarina, na pessoa da Procuradora da República Dra. Analúcia Hartmann, pelos aprendizados e grandes amizades que levei de lá.

Agradeço profundamente à equipe da Saes Advogados, a qual diariamente me permite estar ao lado de pessoas de capacidade intelectual inenarrável e que ao mesmo tempo são extremamente acolhedoras. Muito obrigado, Marcos Saes, Gleyse Gulin, Manuela Kuhnen, Ana Muhammad, Flaviani Teixeira, Maria Helena, e Daiana Mendes.

Por fim, agradeço muitíssimo a todos os amigos que tenho por constantemente me mostrarem que amizade é algo das coisas mais importantes que temos. Mencionando nominalmente, sem prejuízo a todos os outros, os que se fizeram mais presentes nesta etapa que se encerra, Carlos Pereira, o qual considero como verdadeiro irmão, Victor Búrigo, Gilbert Henrique, Lucas Rodrigues, Marco Daux, Rafael Scur e Matheus Costa, pelas valiosas orientações.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

Albert Einstein, físico.

“A utopia está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar”

Fernando Birri, cineasta.

RESUMO

GREGÓRIO. Paulo Remus. *A (in)validade da Resolução CONAMA n.303/2002 com o advento do novo Código Florestal*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

O advento do novo Código Florestal em seus primeiros anos de vigência tem se apresentado como pano de fundo para muitas discussões do direito ambiental. Por óbvio os impactos da atualização legislativa também alcançaram as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente, dentre as quais está a Resolução CONAMA n. 303/2002. Dispondo sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação, configurando temática de elevada relevância, a validade deste texto regulamentar foi objeto de massiva controvérsia. A proposta do presente trabalho, utilizando-se do método dedutivo, é apresentar os entendimentos antagônicos, embasados na doutrina e jurisprudência, acerca da validade da Resolução CONAMA n. 303/2002. De um lado a compreensão de que a validade da supradita Resolução remanesce por meio da recepção desta pela lei superveniente. De outro, o posicionamento - defendido neste trabalho - que sinaliza no sentido da invalidade da Resolução em razão da revogação de seu fundamento de validade, isto é, o Código Florestal de 1965, afastando-se o argumento da recepção pelo Código Florestal de 2012 à medida que houve incorporação do texto regulamentar do que considerou proveitoso o legislador e o descarte das disposições por ele julgadas prescindíveis.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Resolução CONAMA n. 303/2002; Novo Código Florestal.

ABSTRACT

The advent of the new Forest Code in its first years of validity has been presented as the backdrop for many discussions of environmental law. Of course, the impacts of the legislative update also reached the Resolutions of the National Environmental Council (CONAMA), among which is Resolution CONAMA n. 303/2002. Arranging on the parameters, definitions and limits of Preservation Areas, configuring a topic of high relevance, the validity of this regulatory text was the object of massive controversy. The proposal of the present work, using the deductive method, is to present the antagonistic understandings, based on doctrine and jurisprudence, about the validity of CONAMA Resolution n. 303/2002. On the one hand, the understanding that the validity of the Resolution remains through its reception by the supervening law. On the other hand, the positioning - defended in this work - signaled that the Resolution was invalid due to the revocation of its validity basis, that is to say, the Forest Code of 1965, rejecting the argument of receipt by the Forest Code of 2012 to measure that incorporation of the regulatory text of what the legislator considered useful and the disposal of the dispositions considered by him to be dispensable.

Palavras-chave: Environmental Law; Resolution CONAMA n. 303/2002; New Forest Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

APP – Área de Preservação Permanente

CCCJ – Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania

CCR – Câmara de Coordenação e Revisão

CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo

CF – Constituição Federal

CMADS – Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

CONJUR-MMA – Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

LPNMA – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente

MMA – Ministério do Meio Ambiente

MPF – Ministério Público Federal

NEPA – *National Environmental Policy Act*

PDC – Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de atos Normativos do Poder Executivo

PNMA – Política Nacional do Meio Ambiente

SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF-3 – Tribunal Regional Federal da 3ª Região

TRF-4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A RESOLUÇÃO N. 303/2002 DO CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE	17
1.1 CÓDIGO FLORESTAL E REGULAMENTAÇÃO	18
1.2 O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE: PODER REGULAMENTAR E INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE	20
1.3 CONTEXTO DA REGULAMENTAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965	25
1.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965.....	31
1.5 ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL	34
2 A TESE DA VALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002.....	37
2.1 A MANUTENÇÃO DA VALIDADE COMO MÁXIMA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL.....	37
2.2 A RECEPÇÃO DA RESOLUÇÃO PELO NOVO CÓDIGO FLORESTAL.....	41
2.3 A FUNDAMENTAÇÃO DA RESOLUÇÃO NA ATRIBUIÇÃO RECONHECIDA PELA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE	49
2.4 SUPORTE JURISPRUDENCIAL PARA MANUTENÇÃO DA VALIDADE	52
3 A INVALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL	57
3.1 A LIMITAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR DO CONAMA	57
3.2 RELAÇÃO ENTRE LEI E REGULAMENTO: INCOMPATIBILIDADE ENTRE A RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL	62
3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL.....	73
3.4 JULGADOS RELEVANTES PARA O ENTENDIMENTO DA INVALIDAÇÃO DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002.....	75

**3.5 INICIATIVAS NO SENTIDO DE RECONHECER A INVALIDADE DA
RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 FRENTE O NOVO CÓDIGO FLORESTAL .. 78**

CONCLUSÃO 80

REFERÊNCIAS 82

INTRODUÇÃO

O advento do novo Código Florestal representou para o Direito Ambiental um dos mais importantes marcos recentes de sua história. A verdadeira amplitude dos impactos de sua mudança, espera-se que de maioria positiva, ainda não pode ser completamente delimitada, mas relevante papel esta movimentação legislativa já cumpriu desde sua concepção: a volta do enfoque às questões ambientais, e por conseguinte discussões tangentes ao tema.

No mundo jurídico, fomentaram-se variados debates e definiram-se também posicionamentos, o que por certo chegou ao judiciário através do qual foram questionadas diversas situações. Uma delas é a consequência da superveniência do novo Código Florestal sobre as regulamentações que tinham por lei destinatária o antigo Código Florestal, ora revogado.

É neste cenário que a Resolução CONAMA n. 303/2002 está inserida. Antes justificada pela necessidade expressa de regulamentação das Áreas de Preservação Permanente previstas no Código Florestal de 1965, agora imersa na incerteza acerca da fundamentação de sua validade diante da vigência da codificação ambiental de 2012.

Justamente nesse ponto reside o problema objeto deste trabalho: “Com o advento do novo Código Florestal a Resolução CONAMA n. 303/2002 permanece válida?”.

A hipótese, alcançada através do método dedutivo, é de que com a revogação do Código Florestal de 1965, em decorrência da superveniência da nova codificação, a Resolução CONAMA n. 303/2002 teve sua validade fulminada já que àquela lei, não mais existente no ordenamento jurídico, destinava-se a regulamentar e nela também fundamentava sua razão de ser.

Para tanto, o Capítulo I investirá em apresentar a Resolução CONAMA n. 303/2002 dando conta de seu teor e finalidade de regulamento frente ao caráter normativo do Código Florestal, perpassando pela elucidação acerca do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão responsável por sua edição como exercício de seu poder regulamentar, e pelo contexto da regulamentação do Código Florestal de 1965.

Ainda, propor-se-á a reflexão de que ainda na vigência do antigo Código Florestal a Resolução já era alvo de controvérsias quanto à sua validade e legalidade em razão de seu conteúdo normativo, finalizando, então, no cenário do advento do Código Florestal de 2012.

Já no Capítulo II, adentrando no mérito da Resolução CONAMA n. 303/2002, será apresentado o entendimento da manutenção de sua validade mesmo com a revogação do Código Florestal de 1965 por força da superveniência do novo Código.

Fundando-se na ideia da recepção da Resolução pela nova lei ambiental, em síntese, defende-se aqui que não necessariamente extingue-se o regulamento com a revogação da lei regulamentada e que, no caso da Resolução COANAMA n. 303/2002, sua força normativa decorre do poder regulamentar do órgão que a concebeu, este, por sua vez, amparado legalmente em sua atribuição - prevista na Política Nacional do Meio Ambiente - para estabelecer normas sobre meio ambiente. Somando-se a isso, sendo julgada a Resolução como ecologicamente mais protetiva, sua revogação representaria diminuição da tutela do meio ambiente o que feriria o princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Após, adentrando-se no Capítulo III, far-se-á exposição de posicionamento oposto ao anteriormente citado e que a este trabalho se impõe preponderante, a saber, a invalidade da Resolução CONAMA n. 303/2002.

Sob esta lógica, considera-se que a revogação do Código Florestal de 1965 acometeu seu regulamento ao passo que a nova legislação não o recepcionou. Tal afirmação é embasada no teor da lei superveniente que, se comparada à Resolução, evidencia a opção do legislador em incorporar as disposições pertinentes e ignorar as não proveitosas.

Afasta-se aqui a utilização do princípio da proibição do retrocesso como argumento capaz de superar a incompatibilidade entre a Resolução e o novo Código Florestal, destacando-se a limitação do poder regulamentar do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e como a manutenção da validade do texto regulamentar pode representar um extrapolo deste poder.

Enfim, o que se busca neste trabalho é o fomento de discussões acerca da problemática envolvendo a aplicabilidade da Resolução CONAMA n. 303/2002 que, na prática, tem gerado insegurança jurídica, afetando negativamente tanto empreendedores como agentes públicos da área ambiental.

1 A RESOLUÇÃO N. 303/2002 DO CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

A Resolução n. 303/2002¹, de 20 de março de 2002, publicada aos 13 dias de maio do mesmo ano, nos termos de seu preâmbulo, “dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente”. Editada sob a vigência do Código Florestal de 1965 (Lei n. 4.771/1965), e em substituição à anterior Resolução CONAMA n. 004/1985, destinava-se a suprir a falta de critérios objetivos sobre a matéria na lei federal, como bem aponta uma de suas justificativas ao considerar “a necessidade de regulamentar o art. 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, no que concerne às Áreas de Preservação Permanente”.

De texto claro e objetivo, sua estruturação pode ser simplificada da seguinte forma: art. 1º reafirma o preâmbulo constituindo o objeto do regulamento; art. 2º adota treze definições de termos relacionados às APPs; art. 3º é o cerne da resolução, traz critérios quantitativos e qualitativos para caracterização de APP; art. 4º ressalva que os reservatórios artificiais serão tratados em resolução específica; e, por fim, art. 5º que versa a respeito do início da vigência do regulamento.

Notório que para o deslinde da pesquisa intentada, debruça-se sobre o dispositivo central da Resolução, isto é, seu artigo 3º, pois é dele que consta o conteúdo pragmático do regulamento, isto é, a regulamentação das Áreas de Preservação Permanente. Bem por isso, é ele também o centro da controvérsia originada pelo advento do Código Florestal de 2012.

Ao se trabalhar tal temática, mostra-se fundamental elucidar sobre o que é essa espécie de área especialmente protegida e qual relação guarda com a lei federal chamada de Código Florestal.

Portanto, neste capítulo intenta-se tratar de pontos que servem de sustentação para o perfeito deslinde da pesquisa visada. Para tanto, segue-se inicialmente a conceituação do que se trata o Código Florestal e o porquê de sua regulamentação, na sequência concebem-se breves análises acerca da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e do Conselho Nacional do Meio Ambiente

¹ Resolução CONAMA n. 303, de 20 de mar. de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, Brasília-DF, mar. 2002. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30302.html>>. Acesso em: 1 out. 2018.

(CONAMA), para então apresentar a problemática objeto do presente trabalho, a saber, a condição de validade da Resolução CONAMA n. 303/2002

1.1 CÓDIGO FLORESTAL E REGULAMENTAÇÃO

A iniciativa legislativa voltada a regular o meio ambiente em território nacional remonta ao início do século XX. Como bem leciona Sergio Ahrens, resultado de “um ante-projeto elaborado por uma Comissão cujo relator foi Luciano Pereira da Silva, procurador jurídico do Serviço Florestal do Brasil, autarquia criada em 1921 e subordinada ao então “Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio”², o Código Florestal de 1934 (Decreto n° 23.793/1934) foi a primeira codificação ambiental desenvolvida no ordenamento jurídico pátrio. Neste momento, não se falava ainda áreas especialmente protegidas, destinando-se a lei à reconhecer certos bens ambientais como pertencente à nação.

Verificou-se à época, grandes dificuldades de efetividade da legislação, o que fez nascer um novo projeto de Código Florestal “que pudesse normatizar adequadamente a proteção jurídica do patrimônio florestal brasileiro”³.

Neste cenário que surge o Código Florestal de 1965 (Lei n. 4.771/1965), que “tinha como propósito maior proteger outros elementos que não apenas as árvores e as florestas”⁴, como o solo e a água, sendo que esses “objetivos deveriam ser alcançados por meio da proteção das ‘florestas e as demais formas de vegetação’ e da normatização do seu respectivo uso”⁵.

Este diploma legal inaugurou, portanto, a área especialmente protegida conhecida como Área de Preservação Permanente (APP), que com os passar dos anos obteve muitos avanços em seu tratamento legal e no desenvolvimento acadêmico do tema.

A definição dada pelo Código Florestal de 1965 perdurou na codificação de 2012, sendo neste previsto no inciso II do artigo 3º:

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

² AHRENS, Sérgio. *O “Novo” Código Florestal Brasileiro: Conceitos Jurídicos Fundamentais*. Trabalho voluntário no VIII Congresso Florestal Brasileiro. São Paulo: Sociedade Brasileira de Silvicultura, 2003, p. 4.

³ Idem, p. 6.

⁴ Idem, p. 9.

⁵ Idem.

(...)

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Ocorre que no Código Florestal de 1965 estavam previstas essas áreas especialmente protegidas, em seu artigo 2º, sem que, em muitos casos, não fosse possível pela mera disposição da lei delimitar com exatidão suas dimensões ou até sua caracterização.

Exemplo disso é a APP de “topo de morros, montes, montanhas e serras”. Pela redação do artigo 2º, alínea “d”, do Código Florestal/1965, não resta dúvida que esta tipologia é uma APP, todavia a lei não colocava à disposição elementos capazes de definir o que é morro, monte, montanha e serra ou ainda ao identificá-lo qual seria em seu corpo a parte definida como “topo”, isto é, a dimensão deste substantivo.

Observava-se para estas lacunas então a necessidade de complementação de conteúdo técnico e objetivo. Para isso se prestavam os regulamentos. Dar possibilidade de efetivação à lei. Neste contexto, portanto, que o CONAMA editou sua Resolução n. 303/2002.

Por sua relevância ambiental e por sua interferência limitante de preceito fundamental elencado na Carta Maior⁶, a saber, o direito de propriedade, as Áreas de Preservação Permanente, que são objeto da Resolução CONAMA n. 303/2002, significam atualmente um dos pontos centrais – e de alto grau de complexidade – do Direito Ambiental.

Para se ter uma ideia dos reflexos dessa modalidade de tutela do bem ambiental, vale destacar a consideração feita por Pedro de Menezes Niebuhr⁷

(...) por se tratar de espaços que devem ser preservados, é correto afirmar que as áreas de preservação permanente instauram, sobre a propriedade imobiliária territorial, três tipos de obrigações. Primeiro, e de modo mais latente, exige dos seus proprietários e/ou possuidores comportamentos

⁶ 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:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

⁷ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Manual das áreas de preservação permanente: regime jurídico geral, espécies, exceções com doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 17.

negativos de não fazer (*non facere*), traduzidos, no plano concreto, em proibições genéricas de implantação/desenvolvimento/operação de atividades e instalação de equipamentos e empreendimentos. Segundo, justifica a imposição, àquelas mesmas figuras subjetivas, de comportamentos positivos de fazer (*facere*) ligados à recuperação e compensação dos atributos ambientais do espaço que, porventura, tenha sido, irregular ou ilicitamente, alterado sem a prévia anuência dos órgãos competentes e/ou em desacordo com as excepcionais hipóteses legais de interferência. Terceiro, justifica que proprietários e/ou possuidores tenham que tolerar que se façam (*pati*) atos tendentes a assegurar a integridade daqueles mesmos atributos ambientais qualificadores do espaço como objeto de especial proteção, tal qual suportar a fiscalização ou que um terceiro execute medidas de recuperação.

Daí também, a relevância da Resolução CONAMA n. 303/2002, já que sua matéria representa justamente a regulamentação das áreas afetadas por essa limitação à propriedade.

Portanto, faz-se essencial, neste momento, conhecer o órgão responsável pela edição da Resolução, bem como apresentar a fundamentação de seu poder regulamentar para tanto.

1.2 O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE: PODER REGULAMENTAR E INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Previamente à análise da (in)validade da regulamentação objeto do presente trabalho, é importante conhecer o órgão responsável pela edição de tal ato normativo, bem como o contexto histórico em que está inserida sua confecção.

Da mesma forma, o ponto de partida proposto aqui não deve iniciar tão logo na mera elucidação do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Deveras, o que se propõe a priori é uma visitação à exegese do ente responsável pela existência da Resolução n. 303/2002.

Para tanto, deve-se voltar ao seu contexto histórico de surgimento, isto é, à sua instituição dentro da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

A década de 1970 é conhecida como o início do movimento ambientalista originário dos países desenvolvidos do hemisfério norte onde tal temática já ecoava entre os meios acadêmico e social. O Brasil imerso nessa realidade internacional,

também registrou uma movimentação social neste sentido. Leciona Rômulo Silveira da Rocha Sampaio⁸:

O movimento ambientalista da década de 1970 teve sua origem na década anterior. Em 1962, Rachel Carson foi responsável por uma obra que chamou a atenção do mundo para uma série de problemas ambientais e de saúde decorrentes de uma segunda revolução industrial, pós-Segunda Guerra.

(...) A crescente repercussão do movimento ambientalista no mundo também ecoou no Brasil durante as décadas de 1970 e 1980, principalmente entre a classe média.

Sancionada ao final do mês de agosto de 1981, não se pode negar que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981) sofreu influência de tal ambiente social, entretanto não há como se firmar um binômio causa-consequência entre tais fatos. Assim, na sequência, assevera o pesquisador:

Embora não seja possível atestar ou demonstrar a relação de causa e efeito entre o surgimento de um ordenamento jurídico específico e a organização da sociedade em torno da causa ambiental, foi durante a década de 1980 que o Brasil testemunhou alguns dos mais significativos avanços legislativos na área. São da década de 1980 a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de n. 6.938/1981, e a própria constituição, que inaugura o Capítulo VI do Título VIII sobre a Ordem Social, especificamente dedicado à matéria⁹.

Como principal fonte normativa estrangeira inspiradora para a produção da lei infraconstitucional pátria, merece sempre destaque a *National Environmental Policy Act – NEPA* de 1969, que nos termos dos pesquisadores Jeff Wade e Robertson Fonseca de Azevedo¹⁰, se destinava

a garantir devida avaliação dos impactos ambientais de políticas e empreendimentos federais (ao que se limitava inicialmente, em razão do sistema federativo estadunidense), a norma representa talvez a principal contribuição norte americana ao Direito Ambiental

⁸ SAMPAIO, Rômulo S. R. *Direito ambiental: doutrina e casos práticos*. Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2011, p. 71-73.

⁹ SAMPAIO, Rômulo S. R. *Direito ambiental: doutrina e casos práticos*. Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2011, p. 75.

¹⁰ AZEVEDO, Robertson Fonseca de. WADE, Jeff. A NEPA – National Environmental Policy Act – norte americana de 1969 – antecedente da Política Nacional do Meio Ambiente brasileira. In ABI-EÇAB, Pedro. GAIO, Alexandre (org.). *Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: 30 anos*. Campo Grande: Contemplar, 2012, p. 229.

Tem-se, então, que à época de sua instituição, a Política Nacional do Meio Ambiente visava um contraponto ao descontrolado consumo dos recursos naturais, para isso utilizou-se da instrumentalização de um sistema protetivo que amplificasse a tutela ambiental. Conforme bem expõe o Professor José Rubens Morato Leite¹¹:

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – LPNMA, ao sistematizar conceitos centrais, estruturar órgãos e entidades vocacionados à proteção ambiental e enumerar instrumentos dedicados à consecução dos objetivos por ela traçados, inovou em inúmeros aspectos. Antes mesmo da CF/88, a Lei n. 6.938/81 alinhou princípios que, previstos em seu art. 2º, estabelecem um sistema de valores que informam e conformam toda interpretação e aplicação das normas ambientais. Os dez incisos do art. 2º indicam uma escolha político-jurídica que fortaleceu a ampla tutela ambiental

E realmente, ao se debruçar sobre a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, percebe-se de sua estrutura textual que as finalidades gerais, isto é, principiológicas, às quais é destinada se encontram no artigo 2º, *caput*, perfazendo em seus dez incisos os desdobramentos. Veja-se como dispõe:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana(...)

Ainda, na sequência, em seu artigo 4º, são elencados objetivos de maior concretude dentre os quais, para o presente trabalho, revelam-se importantes os três primeiros abaixo transcritos:

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
 I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;
 II - à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
 III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;

É justamente visando a aplicação efetiva de tais objetivos concretos e as finalidades principiológicas capituladas, que criou-se, por força da mesma lei, o

¹¹ LEITE, José R. M. (Coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, do qual a alicerce fundamental é o Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Tem-se, pois, que este trinômio PNMA, SISNAMA e CONAMA possui entre si relação de estreita dependência de funcionalidade, como bem discorre o doutrinador Marcelo Abelha Rodrigues:

Como faz questão de demonstrar a própria lei 6.938/81, o CONAMA constitui uma das peças mais importantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Exatamente por assumir um papel primordial no desenvolvimento da Política Nacional do Meio Ambiente é que a referida lei não olvidou em dar a ele tratamento específico e destacado com o intuito que pudesse ter o melhor rendimento possível.¹²

Traçado o contexto da Política Nacional do Meio Ambiente e elucidada sua sistematização através do SISNAMA, adentra-se na análise do Conselho Nacional do Meio Ambiente o qual tem sua definição nos termos do artigo 6º, *caput*, da Lei n. 6.938/81¹³:

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;

Pois bem, como claro se encontra no inciso II do artigo 6º da LPNMA, o CONAMA possui duas facetas: a consultiva e a deliberativa. Doutrinariamente, frisa-se o que discorre Paulo de Bessa Antunes¹⁴ sobre o CONAMA:

O CONAMA foi criado pelo artigo 6º, inciso II, da Lei n. 6.938/81 com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes e políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e

¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 125.

¹³ Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

¹⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 138.

padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Evidente que para o presente trabalho, que trata de uma regulamentação do referido Conselho, é sua função deliberativa que se mostra correlata ao objeto aqui discutido.

É da atividade deliberativa do Conselho que emana seu poder regulamentar, cuja competência pode-se observar no artigo 8º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, especialmente em seu inciso VII:

Art. 8º Compete ao CONAMA:

(...)

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

Deve-se citar ainda, que não só a previsão da competência do Conselho, bem como sua estruturação, de forma mais minuciosa, têm também guarida no Decreto n. 99.274, de 6 de Junho de 1990¹⁵, que assim dispõe:

Art. 7º Compete ao CONAMA

(...)

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

(...)

XVIII – deliberar, sob a forma de resoluções, proposições, recomendações e moções, visando o cumprimento dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (...)

Clarividente, pois, que é a partir da previsão supratranscrita que se sustentam as resoluções do Conselho, fazendo-as valer em todo o território nacional, como é o caso da Resolução n. 303/2002.

Como já feita as devidas considerações acerca da competência legislativa originária como limitação ao poder regulamentar, avança-se ao segundo ponto controverso, a saber, a relação entre lei e regulamento. Considerando que a Resolução n. 303/2002 do CONAMA se trata de regulamento vinculado ao Código

¹⁵ Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências.

Florestal revogado esta discussão é essencial para o franco debate a que se propõe este trabalho.

1.3 CONTEXTO DA REGULAMENTAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965

O Código Florestal de 1965 trazia em seu texto normas gerais que padeciam, de forma proposital, de critérios puramente objetivos para que ficasse definido o que efetivamente era ou não era Área de Preservação Permanente.

Sabido que desde sua concepção, entretanto, o antigo Código Florestal não permaneceu estático. Ocorreram diversas inserções de normas que complementaram, alteraram e direcionaram a lei federal. Como bem aponta o professor Pedro de Menezes Niebuhr:

A Lei n. 4771/65, que em geral recebia uma boa aceitação da comunidade científica e profissional teve o conteúdo de seus dispositivos, ao longo do tempo, atualizado por normas técnicas, resoluções e atos normativos infralegais geradores de significativas controvérsias jurídicas. Ao longo dessas quase quatro décadas, muito se discutiu (e se judicializou) acerca das definições, limites, conceitos e exceções das áreas de preservação permanente.¹⁶

Sim, é verdade que carecia de medidas objetivas para a delimitação das APP. Não se pode dizer, entretanto, que o Código Florestal de 1965 não trazia qualquer parâmetro objetivo. Ao que parece, interessou ao legislador que em certas modalidades de APP a quantificação da área protegida já restasse devidamente determinada, ao passo que nas demais optou por transferir ao poder regulamentar tal tarefa.

Assim, evidente que ao tempo da produção da Resolução objeto do presente trabalho, a lei federal impunha ao tema das Áreas de Preservação Permanente duas tratativas distintas.

A primeira delas é possível observar em seu artigo 2º, alínea “a”, da qual constam medidas numéricas referentes a extensão da mata ciliar de rios e outros cursos d’água. Nesse caso, é possível realizar a delimitação da área protegida de

¹⁶ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Manual das áreas de preservação permanente: regime jurídico geral, espécies, exceções com doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 13.

forma automática, pela própria lei e tão somente por ela. Seus critérios se mostram suficientes para tanto.

A segunda, por outro lado, não ostenta tal completude. Nesta não há qualquer alusão à termos objetivos que possam de forma direta definir a extensão da área protegida. Um exemplo é o artigo 2º, alínea “b”, que prevê como APP o entorno de lagoas e lagos, contudo não traz a metragem para que se possa saber o *quantum* da área.

Ainda, dedicou-se o legislador à época, situação replicada pela atual legislação, a elencar situações em que delega a lei ambiental federal ao Poder Público a possibilidade de declarar como APP outras formas de vegetação não previstas de maneira expressa, mas que por sua função merecem tal tutela, dentro, é claro das balizas estabelecidas. Assim vigia o artigo 3º da Lei n. 4.771/1965:

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.

Pois bem, é nesse contexto, portanto, que surge a Resolução CONAMA n. 303/2002. Servindo como regulamento às APP previstas na lei federal na proporção da carência de parâmetros dela decorrente.

O que fez o Conselho Nacional do Meio Ambiente, então, através da Resolução supradita, foi reproduzir os parâmetros objetivos trazidos pelo Código Florestal vigente à época ao tratar de APP e, para as modalidades que careciam, definir tais parâmetros para tornar sua proteção exequível.

Voltando tal análise à exemplificação anteriormente exposta, basicamente o que fez a regulamentação foi repetir o texto normativo da lei federal para as modalidades como da alínea “a” do artigo 2º do Código Florestal de 1965 e delimitar os parâmetros para as modalidades como da alínea “b” do mesmo dispositivo legal. Assim, como exemplo, ficou definido se tratar de APP o entorno de lagoas e lagos em faixa com metragem mínima de “a) trinta metros, para os que estejam situados

em áreas urbanas consolidadas” e “b) cem metros, para as que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d’água com até vinte hectares de superfície cuja faixa marginal será de cinquenta metros”.

Para uma visão mais ampla, colaciona-se abaixo um quadro comparativo entre a tratativa dada pelo Art. 2º do Código Florestal de 1965 e a utilizada pela Resolução CONAMA n. 303/2002 em seu artigo 3º:

Lei n. 4.771/1965	Resolução CONAMA n. 303/2002
Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:	Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:
<p>a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:</p> <p>1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;</p> <p>2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;</p> <p>3 - de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura</p> <p>4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;</p> <p>5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;</p>	<p>I - em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de:</p> <p>a) trinta metros, para o curso d’água com menos de dez metros de largura;</p> <p>b) cinquenta metros, para o curso d’água com dez a cinquenta metros de largura;</p> <p>c) cem metros, para o curso d’água com cinquenta a duzentos metros de largura;</p> <p>d) duzentos metros, para o curso d’água com duzentos a seiscentos metros de largura;</p> <p>e) quinhentos metros, para o curso d’água com mais de seiscentos metros de largura;</p>
b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais;	<p>III - ao redor de lagos e lagoas naturais, em faixa com metragem mínima de:</p> <p>a) trinta metros, para os que estejam</p>

	<p>situados em áreas urbanas consolidadas;</p> <p>b) cem metros, para as que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d'água com até vinte hectares de superfície, cuja faixa marginal será de cinquenta metros;</p>
<p>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;</p>	<p>II - ao redor de nascente ou olho d'água, ainda que intermitente, com raio mínimo de cinquenta metros de tal forma que proteja, em cada caso, a bacia hidrográfica contribuinte;</p>
<p>d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;</p>	<p>V - no topo de morros e montanhas, em áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura mínima da elevação em relação a base;</p> <p>Parágrafo único. Na ocorrência de dois ou mais morros ou montanhas cujos cumes estejam separados entre si por distâncias inferiores a quinhentos metros, a Área de Preservação Permanente abrangerá o conjunto de morros ou montanhas, delimitada a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura em relação à base do morro ou montanha de menor altura do conjunto, aplicando-se o que segue:</p> <p>I - agrupam-se os morros ou montanhas cuja proximidade seja de até quinhentos metros entre seus topos;</p> <p>II - identifica-se o menor morro ou montanha;</p> <p>III - traça-se uma linha na curva de nível correspondente a dois terços deste; e</p> <p>IV - considera-se de preservação permanente toda a área acima deste</p>

	nível.
e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;	VII - em encosta ou parte desta, com declividade superior a cem por cento ou quarenta e cinco graus na linha de maior declive;
f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;	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;
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;	VIII - nas escarpas e nas bordas dos tabuleiros e chapadas, a partir da linha de ruptura em faixa nunca inferior a cem metros em projeção horizontal no sentido do reverso da escarpa;
h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;	XII - em altitude superior a mil e oitocentos metros, ou, em Estados que não tenham tais elevações, à critério do órgão ambiental competente;
i) nas áreas metropolitanas definidas em lei	(Sem correspondente)
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	(Sem correspondente)

(Sem correspondente)	IV - em vereda e em faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de cinquenta metros, a partir do limite do espaço brejoso e encharcado;
(Sem correspondente)	VI - nas linhas de cumeada, em área delimitada a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura, em relação à base, do pico mais baixo da cumeada, fixando-se a curva de nível para cada segmento da linha de cumeada equivalente a mil metros;
(Sem correspondente)	X - em manguezal, em toda a sua extensão;
(Sem correspondente)	XI - em duna;
(Sem correspondente)	XIII - nos locais de refúgio ou reprodução de aves migratórias;
(Sem correspondente)	XIV - nos locais de refúgio ou reprodução de exemplares da fauna ameaçadas de extinção que constem de lista elaborada pelo Poder Público Federal, Estadual ou Municipal;
(Sem correspondente)	XV - nas praias, em locais de nidificação e reprodução da fauna silvestre.

Do quadro comparativo, mostra-se visível o papel regulamentar da Resolução CONAMA n. 303/2002 para a delimitação das APP de morro, montes, montanhas e serras, e de entorno de lagos e lagoas, ao passo que em outras situações parece ter se direcionado à inovação quanto as tipologias, como aconteceu na tratativa dada às veredas, manguezais e dunas.

Durante a vigência do antigo Código Florestal, de modo geral a Resolução CONAMA n. 303/2002 desempenhou destacado papel na tutela do meio ambiente, sendo instrumento da efetivação dos propósitos da Política Nacional do Meio

Ambiente no tocante à Áreas de Preservação Permanente, bem como servindo à segurança jurídica do ordenamento ambiental ao firmar os parâmetros objetivos para esta espécie de área especialmente protegida.

Entretanto cabe ressaltar que, antes mesmo do advento do novo Código Florestal muito já se questionava sobre determinados dispositivos da Resolução CONAMA n. 303/202 em juízo, bem como se debatia acerca do poder regulamentar do CONAMA e suas limitações.

1.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965

Evidente que o advento de novo Código Florestal é ponto fundamental para o problema levantado pelo presente trabalho e, também através dele, fundamenta-se a hipótese a que se chegou.

Contudo, é importante, para a completa elucidação do contexto que circunda a Resolução CONAMA n. 303/2002, que se mostre que sua existência nunca foi unanimidade no meio jurídico, revelando-se críticas ao seu conteúdo e a forma que o dispôs ainda na vigência do Código Florestal de 1965.

Assim, antes mesmo da superveniência do Código Florestal, já se questionava a Resolução CONAMA n. 303/2002 enquanto regulamento. A discussão central residia na legalidade da Resolução quanto ao seu teor normativo.

Pois bem, da própria justificativa de existência trazida na Resolução, apura-se que havia sido editada frente “a necessidade de regulamentar o art. 2º da Lei n. 4771, de 1965, no que concerne às áreas de preservação permanente”, assim como a “conveniência de regulamentar os arts. 2º e 3º da Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, no que concerne às Áreas de Preservação Permanente”.

Os dispositivos mencionados, arts. 2º e 3º, do Código Florestal de 1965 dispunham sobre as APP, sendo respectivamente, as assim definidas pelo efeito direto da lei e as que alcançavam tal denominação quando declaradas por ato do Poder Público.

Ocorre que, como já apontado pelo quadro comparativo do tópico anterior, em muitos casos a Resolução CONAMA n. 303/2002 trouxe previsão de novas tipologias de APP que não constavam do Código Florestal vigente à época,

instituindo-as como tal de forma originária e inovando na ordem jurídica, o que excederia o poder regulamentar do CONAMA e incorreria na ilegalidade da Resolução.

A judicialização, a partir desse argumento, foi recorrente e por diversas vezes o Poder Judiciário teve que enfrentar tal tema.

Em 2008 o Superior Tribunal de Justiça se viu provocado a julgar situação desta. Tratava-se do Recurso Especial n. 994.881/SC interposto por empresa do ramo imobiliário contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 4ª Região.

Na origem tratavam os autos de mandado de segurança impetrado pela empresa em desfavor do IBAMA visando à nulidade de auto de infração e de embargo lavrados sob o fundamento de que a obra estava sendo erigida sobre APP de restinga, assim definida pela Resolução CONAMA n. 303/2002, argumentando a impetrante que a Resolução do CONAMA não teria legitimidade jurídica para prever restrição ao direito de propriedade e que, por isso, padecia de vício de ilegalidade.

Em primeiro grau a segurança foi denegada, situação esta confirmada pelo TRF-4. Em sede de Recurso Especial, entendeu o ministro relator Benedito Gonçalves em seu voto que “a resolução nada mais fez do que dar boa aplicação à legislação ambiental, tarefa permitida ao Poder Executivo” e que, nesse sentido, “não há que se falar em transbordar a competência que lhe foi confiada, pois o texto legislativo não encerra dúvidas no sentido de conferir ao Conama o poder de regulamentar a edificação em áreas de preservação ambiental permanente”.

Finalizando seu voto, complementa que ser “inafastável a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, no sentido de que os limites traçados pela norma regulamentadora para a construção em áreas de preservação ambiental devem ser obedecidos”.

Tem-se, então, que o julgado da Corte Superior não corroborou com o entendimento de que a Resolução CONAMA n. 303/2002 estaria eivada de ilegalidade ao dispor sobre APP não prevista no Código Florestal de 1965.

Destaca-se que o intuito deste tópico não é tentar extrair um posicionamento, mas sim evidenciar as discussões sobre a Resolução levadas à juízo antes da vigência do Código Florestal de 2012.

Já em 2010 outro julgado interessante ao debate que aqui se intenta, desta feita do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sua Quarta Turma, no julgamento

da Apelação Cível n. 2002.72.08.004810/SC, interposta pelo IBAMA em face de empresa da construção civil, acompanhou com unanimidade o relator Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique que votou no sentido de “não haver nenhuma ilegalidade na Resolução CONAMA n. 303/2002”, reformando então a sentença.

Este caso é de grande valia, pois é possível observar dentro de uma mesma demanda posicionamentos distintos dos magistrados. Volta-se a atenção, então, à decisão de primeiro grau que, ao contrário do acórdão, entendeu, por oportunidade do julgamento da ação anulatória na origem, pela nulidade de auto de infração lavrado com base em dispositivo da Resolução, por considerar esta ilegal à medida que dispôs de forma distinta do Código Florestal de 1965.

Da sentença destaca-se:

Ademais, tenho como inviável a ampliação do conceito de restingas por normas administrativas, como a sucessão de resoluções do CONAMA, partindo do pressuposto do princípio da legalidade (art. 5º, II, da CR; c/c, art. 37, da CR), que impede que seja expedido ato administrativo normativo (decreto, resolução etc.) cujo conteúdo extrapole do previsto em lei. Ainda que bem intencionado (proteção ambiental), não pode um ato do CONAMA extrapolar os limites da previsão legal, prejudicando direitos de particulares, sobretudo quando isso implicar sérias restrições ao uso e gozo de bens sem a devida contraprestação indenizatória.¹⁷

Apura-se do teor do excerto, que a juíza responsável pelo julgamento em primeiro grau, em contraste com o entendimento do Tribunal, abordou a o texto regulamentar da Resolução como excedente à lei, oferecendo risco aos direitos de propriedade dos administrados. Ponto de vista este não abordado no julgamento do recurso de apelação.

Pois bem, a análise dessa jurisprudência já se mostra suficiente para o fim almejado neste tópico, a saber, revelar a Resolução CONAMA n. 303/2002 como objeto frequente de judicialização, inclusive à época da vigência do Código Florestal de 1965, em razão de seu conteúdo controverso e da discussão acerca de seus limites.

Feitas tais considerações sobre o panorama ainda sob a vigência do Código Florestal de 1965, parte-se, pois, ao cenário fundamental desta pesquisa: o advento do novo Código Florestal.

¹⁷ JFSC. Procedimento Comum: 2002.72.08.004810-1 SC. Relator: Juíza Federa Substituta Vilian Bollmann. DJ: 07/12/2007. JFSC, 2007.

1.5 ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

No ano de 2012 foi publicado o então novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), que passou a ser a fonte primária do tratamento legal dado às Áreas de Preservação Permanente, em substituição à codificação anterior.

Em contraste com a anterior, intentou abordagem mais concentrada e autossuficiente, de modo a dar todos os subsídios necessários para a devida delimitação das áreas especialmente protegidas, por força de sua própria normatização.

Ao encontro, está o entendimento do Professor Pedro Niebuhr¹⁸:

A Lei n. 12.651/12, que substituiu e revogou expressamente (em seu artigo 83) a Lei n. 4.771/65, tratou de modo substancialmente distinto as hipóteses de áreas de preservação permanente e os casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto. No lugar de lançar mão de conceitos jurídicos indeterminados ou categorias que precisavam, antes, de explicação técnica e científica, a Lei n. 12.651/12 trouxe, para o seu bojo, diversos conceitos, definições e parâmetros que antes eram regulados pelas Resoluções CONAMA n. 302/02, n. 303/02 e n. 369/06.

Acontece que, da mesma forma que conceitos, definições e parâmetros foram transcritos para o plano legal, outras tantas previsões antes existentes no plano regulamentar foram descartadas, isto é, não foram incorporadas ou foram modificadas pelo legislador no advento da Lei n. 12.651/12.

O novo Código Florestal, passou a dispor então em seu Capítulo II (do art. 4º ao 9º) de forma satisfativa sobre as Áreas de Preservação Permanente. Pertinente neste momento focar em seu artigo 4º, o qual representa o conteúdo central afeto à resolução:

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

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

¹⁸ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Manual das áreas de preservação permanente: regime jurídico geral, espécies, exceções com doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 33.

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

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

e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:

a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

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;

IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;

V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

VII - os manguezais, em toda a sua extensão;

VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.

(...)

Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:

I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;

II - proteger as restingas ou veredas;

III - proteger várzeas;

IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;

V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;

VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

VII - assegurar condições de bem-estar público;

VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.

IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional.

Ao se debruçar sobre a nova legislação federal, resta inequívoca sua suficiência quanto aos parâmetros objetivos oferecidos pela Resolução CONAMA n. 303/2002. Deveras, transparece da redação que o legislador em muitos casos optou

por incorporar alguns parâmetros, critérios e definições da Resolução supradita, ao passo que também refutou determinados tópicos da regulamentação.

É justamente aqui a nascente da grande problemática no tocante à Resolução CONAMA n. 303/2002, e por sinal o que estimulou o interesse na produção da presente pesquisa. Em suma, com o advento do Código Florestal de 2012, a Resolução permanece válida?

Debruça-se, então, a partir de agora sobre os entendimentos acerca dos impactos gerados sobre a validade da regulamentação supramencionada em razão da superveniência da nova legislação.

2 A TESE DA VALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002

Como já dito, após a revogação do Código Florestal de 1965, em razão da entrada em vigor da codificação de 2012, muito se especulou acerca das regulamentações que se destinavam a exercer papel complementar da lei ambiental federal. A Resolução CONAMA n. 303/2002, afetada por tal entrave, vem ocasionando controvérsias tanto sobre a função dos regulamentos ambientais quanto sobre as atribuições do Conselho.

Cabe mencionar, que sob a mesma lógica foram editadas as Resoluções CONAMA n. 302/2002, que trata das APP de reservatórios artificiais e n. 369/2006, que trata dos casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em APP.

Em suma, são estes os atos normativos que compõe a sistemática regulamentar do CONAMA referente às Áreas de Preservação Permanente. Por consequência de sua destinação ao cumprimento de uma necessidade legislativa de regulamentação do antigo Código Florestal, a discussão naturalmente suscitada é: com a nova codificação ambiental, continuam válidas? Ou restaram revogadas?

Especificamente sobre a Resolução CONAMA n. 303/2002, tais situações de antinomia, evidenciadas pela contrariedade do regulamento frente à Lei n. 12.651/2012 - que sobreveio à Lei n. 4.771/1965 -, impulsionaram posicionamentos adversos quanto à sua validade, culminando dois entendimentos antagônicos: a) permanente validade do conteúdo da Resolução e b) completa invalidade do texto regulamentar.

Almeja-se, pois, neste capítulo a exposição minuciosa do primeiro.

2.1 A MANUTENÇÃO DA VALIDADE COMO MÁXIMA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

Não se pode tratar da defesa da manutenção da validade da Resolução CONAMA n. 303/2002, sem antes compreender o que a doutrina reconhece como o princípio da proibição do retrocesso ambiental. Isso porque, tal entendimento se

volta muito mais à maximização do sistema de tutela ambiental do que propriamente à discussão acerca da relação entre regulamentação e legislação.

Portanto, faz-se mister a explanação de alguns pontos referentes à fundamentação e aplicação de tal princípio.

A inserção do princípio da proibição do retrocesso no pensamento jurídico brasileiro, como bem aponta Nelson Tonon Neto, “possivelmente deve ser creditado ao catedrático professor José Afonso da Silva”, o qual “explicita em seus escritos que o comando da vedação ao retrocesso refere-se à impossibilidade de se voltar atrás quanto à edição de atos normativos que dão efetividade à norma constitucional de princípio programático”¹⁹.

Consoante, proveitoso mencionar as considerações feitas pelo eminente ministro Luís Roberto Barroso²⁰:

Merece registro, ainda, neste capítulo dedicado à garantia dos direitos, uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: vedação do retrocesso. Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

Aplicando-se essa lógica na seara ambiental, tem-se o que se é chamado de princípio da proibição do retrocesso ambiental. Parte-se do raciocínio que “ao elevar-se à categoria de direito fundamental, a garantia a um meio ambiente

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p.165 apud DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.168 apud NETO, Nelson Tonon. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental: da interpretação alargada à aplicação ponderada*. 2017. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 18.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.150 apud NETO, Nelson Tonon. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental: da interpretação alargada à aplicação ponderada*. 2017. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 19.

ecologicamente equilibrado prevista no art. 225 da Constituição da República de 1988 igualmente poderia ser sujeita à proibição do retrocesso”²¹.

Neste sentido, lecionam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer²²:

A proibição de retrocesso socioambiental, da mesma forma como ocorre com a proibição de retrocesso social, está, por sua vez, relacionada ao princípio da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos (princípio da proteção da confiança e as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), bem como guarda conexão com os limites materiais à reforma constitucional, considerando que tais institutos também objetivam a tutela de direitos e bens de matriz constitucional em face de atos e/ou medidas de caráter retroativo ou que venham, de algum modo, afetar situações e posições jurídicas. A estabilidade institucional (incluindo a estabilidade jurídica) é fundamental para o exercício dos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que a dignidade humana não restará suficientemente respeitada e protegida onde as pessoas estejam expostas a tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas

Da mesma maneira, compreendem José Rubens Morato Leite e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira²³:

Deixe-se frisado que o direito fundamental do meio ambiente não admite retrocesso ecológico, pois está inserido como norma e garantia fundamental de todos, tendo aplicabilidade imediata, consoante o art. 5º, §§1º e 2º, da Constituição. Além do que o art. 60, §4º, IV, também da Carta Magna, proíbe proposta de abolir o direito fundamental ambiental, nesse sentido considerado cláusula pétrea devido à sua relevância para o sistema constitucional brasileiro, como direito social fundamental da coletividade

Evidente que, como bem sinaliza de Nelson Tonon Neto em seu Trabalho de Conclusão de Curso, pode-se dizer que existem duas formas de visualização do

²¹ NETO, Nelson Tonon. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental: da interpretação alargada à aplicação ponderada*. 2017. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 23.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 141-142 apud NETO, Nelson Tonon. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental: da interpretação alargada à aplicação ponderada*. 2017. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 29.

²³ LETE, Rubens M.; FERREIRA, Maria Leonor P. C. *As novas funções do direito administrativo em face do Estado de Direito Ambiental*. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Grandes Temas de Direito Administrativo*. Florianópolis: Millennium, 2009, p. 446.

princípio da proibição do retrocesso ambiental, a saber, a interpretação alargada e a aplicação ponderada.

A primeira delas tem a definição que segue:

A acepção do princípio da vedação ao retrocesso ecológico que aqui se chama de *alargada* consiste na corrente interpretativa que, em linhas gerais, sustenta a impossibilidade de quaisquer alterações legislativas em matéria ambiental que, em tese, *diminuem* ou *reduzam* o nível de proteção ambiental já alcançada pelo regramento anterior.²⁴

Por seu turno a acepção denominada ponderada

(...) consiste naquela que reserva a utilização do brocardo em matéria ambiental à casos especiais. Ela se dá em situações em que a revogação ou alteração legislativa aviltar o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, ainda, se não for criado regramento que continue disciplinando o direito fundamental previsto no artigo 225 da Constituição da República de 1988 de forma adequada, afastando-se da singela conclusão de que qualquer alteração que implique diminuição de restrições anteriores será automaticamente inconstitucional.²⁵

Sob essa perspectiva, portanto, um dos pontos de sustentação da validade da Resolução CONAMA n. 303/2002 seria sua capacidade de maximizar a proteção do bem jurídico ambiental constitucionalmente tutelado, encontrando guarida justamente na sua interpretação alargada.

A ideia que se tenta inculcar é que o Poder Público, como unidade, deve sempre atuar de forma a progredir em absoluto a tutela ambiental, como atendimento ao preceito trazido pelo Art. 225 da Constituição da República de 1988.

Assim entende Romeu Thomé²⁶:

É irrefutável tratar-se de missão constitucional direcionada aos três poderes estatais no sentido de ampliar, ou ao menos manter, os níveis de proteção ambiental. Quando não o fizerem espontaneamente, e nos casos em que se verifique recuo nos níveis de proteção ambiental, compete ao Poder Judiciário intervir, exercendo o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo, com supedâneo na cláusula de vedação do retrocesso.

²⁴ NETO, Nelson Tonon. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental: da interpretação alargada à aplicação ponderada*. 2017. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 31.

²⁵ Idem.

²⁶ THOMÉ, Romeu. *O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.89.

Utilizável, como exemplo para elucidação, a situação da APP de restinga. O ato regulamentar prevê em seu artigo 3º, inciso IX, alínea “a” e “b”, que constitui-se como área de preservação permanente em ambiente de restinga “faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima” e “em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues”.

Por seu turno, a codificação florestal de 2012 não impõe uma extensão mínima. Na verdade, em seu artigo 4º, inciso VI, aponta que é área especialmente protegida as restingas enquanto “fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues”.

Nesse sentir, o que defende a corrente mais conservadora é que a derrogação da Resolução representaria um retrocesso na proteção das restingas, o que seria vedado pelo princípio decorrente da hermenêutica constitucional. Aqui ressaltada a situação da restinga, mas considerando que tal ponto de vista, aplica-se a todo o conteúdo da Resolução.

Evidente que cabem aqui inúmeras considerações acerca de tal entendimento, contudo serão resguardadas ao momento que for tratada a defesa da invalidade do texto regulamentar.

Portanto, o que se intenta neste momento é expor a lógica do princípio da proibição do retrocesso, em sua interpretação alargada, como um dos fundamentos da permanência da validade da Resolução CONAMA n. 303/2002.

2.2 A RECEPÇÃO DA RESOLUÇÃO PELO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Ao entender pela manutenção da validade da Resolução CONAMA n. 303/2002, surge a problemática: pode regulamento de lei revogada regulamentar a lei superveniente?

Pois bem, o que esta tese defende é que o ato regulamentar que tinha por fundamento o antigo Código Florestal foi recepcionado pela nova codificação a partir do momento em que matéria da lei posterior é a mesma da anterior. Isto é, sua força de regulamentação permanece intacta, pois ambas as leis tratam de mesmo tema, a saber, área de preservação permanente, bem como não há, supostamente, em seus textos contrariedades.

Toma-se aqui, como texto base, o Parecer n. 1.131/2014 da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente (CONJUR-MMA), órgão integrante da Advocacia-Geral da União (AGU), produzido no bojo do Processo Administrativo n. 02001.004172/2011-39, no qual se discute a não aplicação da Resolução CONAMA n. 303/2002 pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB).

Refere, o supracitado parecer que

A melhor doutrina e jurisprudência têm entendido que a simples revogação ou suspensão da eficácia de diplomas normativos que sirvam para a edição de atos materializadores do dever-poder normativo não inquinam, automática e necessariamente, a validade do ato administrativo normativo editado(...)²⁷.

Nesse sentido, assinala Hely Lopes Merelles²⁸:

Decreto regulamentar ou de execução: é o que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação. Tal decreto comumente aprova, em texto à parte, o regulamento a que se refere. Questiona-se se esse decreto continua em vigor quando a lei regulamentada é revogada e substituída por outra. Entendemos que sim, desde que a nova lei contenha a mesma matéria regulamentada.

O conceito central, sob essa ótica, está ancorado no fato de que o mero surgimento de nova norma que venha a compor o ordenamento não incorre automaticamente na incompatibilidade do conteúdo normativo, até então, vigente. O que se pronuncia é: pela natureza sistemática do ordenamento, não se presume a invalidade de norma superveniente.

Sobre a visualização do ordenamento jurídico como sistema, mostra-se importante para o enriquecimento do debate as considerações feitas por Norberto Bobbio²⁹ que, após ressaltar que sua definição não é algo de clareza incontroversa, remonta aos pensamentos de Hans Kelsen e sua distinção entre ordenamentos estático e dinâmico:

Sistema estático é aquele no qual as normas estão ligadas umas às outras, como proposições de um sistema dedutivo, isto é pelo fato de se deduzirem uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter

²⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Do parecer no tocante à não aplicação da Resolução CONAMA n. 303/2002 pela superveniência da Lei n. 12.561/2012*. Parecer jurídico, n. 1.131, de 31 de dezembro de 2014. Relator: Olavo Moura Travassos de Medeiros, p. 3.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p 175-176 apud BRASIL.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 78-79.

geral, que têm a mesma função de postulados ou axiomas num sistema científico. (...)

Pode-se dizer, de outra forma, que num sistema desse tipo as normas estão ligadas entre si no que diz respeito ao seu *conteúdo*.

(...)

Sistema dinâmico, ao contrário, é aquele no qual as normas que o compõem deriva uma das outras por meio de sucessivas delegações de poder, isto é, não por meio do seu conteúdo, senão por meio da autoridade superior, até que se chegue à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra autoridade acima de si. Pode-se dizer, em outras palavras, que a ligação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas sim formal.

(...)

Feita esta distinção, Kelsen suste que os ordenamentos jurídicos são sistemas do segundo tipo, quer dizer, são sistemas dinâmicos.

Ainda que reconhecendo essa possibilidade, Norberto Bobbio questiona o fato de ser sistema como algo perfeitamente ordenado. Deveras, o ordenamento jurídico é composto de normas de variadas fontes e que, como é percebido muitas vezes, podem gerar incompatibilidades entre si. Tais incompatibilidades nem sempre podem observadas pelo quesito formal, fazendo-se necessário adentrar no conteúdo normativo e através deve realizar a análise.

A essa incompatibilidade se dá a denominação de antinomia. Para tanto, completa Norberto Bobbio³⁰, “as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento” e “devem ter o mesmo âmbito de validade”, elencando-se para este último quatro âmbitos de validade: temporal, espacial, pessoal, material.

Quanto ao primeiro requisito, não há necessidade de maiores explanações, entretanto ao segundo merece destinar a exemplificação trazida por Norberto Bobbio³¹:

- a) validade temporal: “É proibido fumar das cinco às sete” não é incompatível com “É permitido fumar das sete às nove”;
- b) validade espacial: “É proibido fumar na sala cinematográfica” não é incompatível com “É permitido fumar na sala de espera”;
- c) validade pessoal: “É proibido aos menores de 18 anos fumar” não é incompatível com “É permitido aos adultos fumar”;
- d) validade material: “É proibido fumar charutos” não é incompatível com “É permitido fumar cigarros”.

Assume-se, então, para o posicionamento da manutenção da validade da Resolução o entendimento de que não há incompatibilidade entre esta e a nova

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 90.

³¹ Idem.

codificação florestal. Pois, preenchidos os dois requisitos acima elencados, não há antinomia entre o texto normativo daquela com a redação desta.

Mais, reconhece como recepcionado o regulamento pela replicação das normas constantes do antigo Codex no corpo do novo Código Florestal, residindo aqui outro importante argumento para sua recepção, e, por conseguinte, para permanência da validade da Resolução.

Proveitoso novamente trazer à baila o Parecer n. 1.131/2014 – CONJUR/MMA³² para exemplificar a lógica da recepção. A análise parecerista novamente se debruça sobre as restingas e assim dispõe:

Nesta senda, em que pese o fundamento de validade da alínea “a” do inciso IX do art. 3º da aludida Resolução CONAMA 303/2002 ser o art. 2º, letra “f” do Antigo Código Florestal, dispositivo reproduzido de forma idêntica no art. 4º inciso VI da Lei n. 12.651/2012, e, portanto, suficiente para infirmar as conclusões vindouras do Parecer n. 271/2014/CONJUR-MMA/CGU/AGU/jpfs, seria especioso em excesso concluir a manifestação já neste ponto. Explica-se. É que o art. 7º desta Lei nº 12.651/2012 alude também à proteção de restingas sob o mando do regime jurídico da APP, uma vez declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo. Quando se coteja este dispositivo com o art. 3º da Lei nº 4.771/1965, vê-se que nada sobre restinga ali havia nas alíneas, pelo menos explicitamente, sem prejuízo, ressalve-se, da possibilidade de proteção por meio do elemento finalístico.

Depura-se do trecho acima acostado que a forma como foi explanado busca superar duas questões recorrentes. Por um lado, intenta, com a justificativa da replicação do texto de dispositivos do antigo código florestal neste vigente, fundamentar a recepção do regulamento pelo novo Codex.

De outro, busca defender-se da alegação de esvaziamento do amparo legal do CONAMA como fixador de APP em casos de interesse social, já que com o novo Código Florestal não mais possui atribuição para tal, incumbindo ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 6º da Lei n. 12.651/2012.

Isto é, o raciocínio aplicado se baseia no fato do antigo e novo código florestal possuírem disposições idênticas ou equivalentes, o que combinado com o poder regulamentar concedido pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, sustentaria a validade do teor da Resolução CONAMA n. 303/2002, ou pelo menos parte dela.

³² BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Do parecer no tocante à não aplicação da Resolução CONAMA n. 303/2002 pela superveniência da Lei n. 12.561/2012*. Parecer jurídico, n. 1.131, de 31 de dezembro de 2014. Relator: Olavo Moura Travassos de Medeiros, p. 25.

Para melhor visualização, faz-se mister a comparação, que anteriormente foi feita em relação à Resolução, desta vez entre o antigo e o novo Código Florestal. Assim segue:

Lei n. 4.771/1965	Lei n. 12.651/2012
<p>Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:</p>	<p>Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:</p>
<p>a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:</p> <p>1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;</p> <p>2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;</p> <p>3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura</p> <p>4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;</p> <p>5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;</p>	<p>I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:</p> <p>a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;</p> <p>b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;</p> <p>c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;</p> <p>d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;</p> <p>e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;</p> <p>§ 6º Nos imóveis rurais com até 15 (quinze) módulos fiscais, é admitida, nas áreas de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo, a prática da aquicultura e a infraestrutura física diretamente a ela associada, desde que:</p>

	<p>I - sejam adotadas práticas sustentáveis de manejo de solo e água e de recursos hídricos, garantindo sua qualidade e quantidade, de acordo com norma dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente;</p> <p>II - esteja de acordo com os respectivos planos de bacia ou planos de gestão de recursos hídricos;</p> <p>III - seja realizado o licenciamento pelo órgão ambiental competente;</p> <p>IV - o imóvel esteja inscrito no Cadastro Ambiental Rural - CAR.</p> <p>V - não implique novas supressões de vegetação nativa.</p>
<p>b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;</p>	<p>II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:</p> <p>a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;</p> <p>b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;</p> <p>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;</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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</p>

	nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.
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;	IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;
d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;	IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;
e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;	V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;
f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;	VI - as 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;	VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a 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;	X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;
i) nas áreas metropolitanas definidas em lei	(Sem correspondente)

<p>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</p>	<p>(Sem correspondente)</p>
<p>(Sem correspondente)</p>	<p>VII - os manguezais, em toda a sua extensão;</p> <p>XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.</p>
<p>(Sem correspondente)</p>	<p>§ 5º É admitido, para a pequena propriedade ou posse rural familiar, de que trata o inciso V do art. 3º desta Lei, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre.</p>

Pode-se observar que, deveras, em determinados casos o novo Código Florestal manteve a redação dada pela lei revogada, como é o caso dos incisos V, VI e X, que tratam de encostas, restingas e áreas de altitude, respectivamente. Em contrapartida, todas as demais APP sofreram alterações, seja por inovação legislativa seja por absorção do disposto nas Resoluções do CONAMA, dentre elas a de número 303/2002.

Transpassada a discussão quanto à recepção da Resolução CONAMA n. 303/2002 como regulamento do novo Código Florestal, debruça-se sobre outra questão fundamental para o entendimento da manutenção da validade: a criação de

modalidades de Áreas de Preservação Permanente através de ato administrativo editado pelo CONAMA.

2.3 A FUNDAMENTAÇÃO DA RESOLUÇÃO NA ATRIBUIÇÃO RECONHECIDA PELA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Como já apontado no primeiro capítulo do presente trabalho, o poder regulamentar do CONAMA está ancorado na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que em seu artigo 8º, inciso VII defini ser de atribuição do Conselho “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais”.

Portanto, sob a perspectiva de que a Resolução CONAMA n. 303/2002 tem por função precípua a satisfação desse seu dever normativo, sua validade buscaria guarida nessa atuação legalmente reconhecida e, ainda que o texto regulamentar se destine ao antigo Código Florestal, este não seria sua única fonte de fundamentação.

Consequentemente, o que considera é que a substituição da lei regulamentada não altera o poder regulamentar do Conselho e, portanto, não influi sobre seus atos normativos até então concebidos.

A problemática recai, então, no fato de que a Resolução CONAMA n. 303/2002 não se porta apenas como complemento da legislação ambiental federal, concedendo-a parâmetros e critérios objetivos, porquanto seu texto traz áreas definidas como especialmente protegida que são estranhas àquelas listadas no Código Florestal.

Ocorre que durante a vigência do antigo Código Florestal, tal situação possuía certo respaldo em seu artigo 3º que previa a possibilidade de ato do Poder Público, logo ato do CONAMA, declarar em determinadas situações uma vegetação como APP.

Por sua vez, o novo Código Florestal trouxe restrição quanto a esta possibilidade, o que pode gerou certa instabilidade em alguns dispositivos da Resolução CONAM n. 303/2002.

Importante a esta altura, a comparação entre os dispositivos das duas legislações ambientais referente às APP decorrentes de ato administrativo:

Lei n. 4.771/1965	Lei n. 12.651/2012
<p>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:</p> <p>a) a atenuar a erosão das terras;</p> <p>b) a fixar as dunas;</p> <p>c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;</p> <p>d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;</p> <p>e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;</p> <p>f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;</p> <p>g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;</p> <p>h) a assegurar condições de bem-estar público.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.</p>	<p>Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:</p> <p>I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;</p> <p>II - proteger as restingas ou veredas;</p> <p>III - proteger várzeas;</p> <p>IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;</p> <p>V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;</p> <p>VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;</p> <p>VII - assegurar condições de bem-estar público;</p> <p>VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.</p> <p>IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional.</p>

Percebe-se, o mesmo movimento das APP decorrentes exclusivamente do Código Florestal: alguns dispositivos replicados ao passo que outros foram

modificados. Entretanto, como já mencionado a mudança mais sensível se deu pela restrição imposta no tocante à autoridade responsável pelo ato de definição de APP não prevista em lei, demonstrando também um posicionamento do legislador.

Voltando-se, novamente, ao Parecer 1.131 da AGU surge o argumento que ao se interpretar de maneira sistematicamente a tratativa das APP no Código Florestal de 2012, isto é, seus artigos 4º e 6º percebe-se que “este segundo tipo de APP, cuja instituição exige declaração de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, é adicional às hipóteses *ope legis* indicadas naquele primeiro artigo”. O que intenta esclarecer é que são tipologias adicionais às previstas na lei “independentemente e sem prejuízo daquelas já declaradas, *ope legis*, no art. 4º”³³.

Depura-se que o fundamento de separação entre previstas em lei e declaradas por ato administrativo, no que sinaliza o parecer, dá-se em razão do fato de que o “direito natural, fundamental e humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, à semelhança dos demais direitos de tal envergadura jurídica, possui um *modus operandi progressivo*, exigente de constante e ascendente ganho” já que

(...) desde a antiga codificação as APP *ope legis* eram vistas de forma apartada daquelas instituídas por atos outros – ato do Poder Público, outrora, e, agora, ato do Chefe do Poder Executivo-, o que gera ganho à proteção ambiental. Esse ganho há de ser preservado na atual codificação, ainda que também no campo hermenêutico.

Depreende-se do trecho acima justamente esse posicionamento de que a fundamentação da Resolução CONAMA n. 303/2002 não foi abalada pelo surgimento de lei superveniente.

Mais, defende-se que sua função extralegal está de acordo com o que preceitua o princípio da proibição do retrocesso ambiental, ao ponto que exerce o *modus operandi* progressista da proteção do meio ambiente nos pontos em que a nova lei se mostrou menos protetiva.

Nesse sentido, por oportunidade da Recomendação n. 04/2014 produzida por sua 4ª Câmara de Coordenação e Revisão (Meio Ambiente e Patrimônio Cultural), o

³³ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Do parecer no tocante à não aplicação da Resolução CONAMA n. 303/2002 pela superveniência da Lei n. 12.561/2012*. Parecer jurídico, n. 1.131, de 31 de dezembro de 2014. Relator: Olavo Moura Travassos de Medeiros, p. 26-27.

Ministério Público Federal encaminhou ao Ministério do Meio Ambiente seu entendimento, que corrobora com o que foi apresentado neste capítulo, de que continua válida, e assim merece permanecer, a Resolução CONAMA n. 303/2002.

Dos considerandos elencados na referida Recomendação, faz-se necessária a exposição, neste momento das que seguem:

CONSIDERANDO que, consoante o *Princípio da prevenção*, diante de danos ambientais, que são de difícil reparação e, por vezes, irreparáveis, o poder público e a coletividade devem agir de modo a evitar e prevenir a sua ocorrência;

CONSIDERANDO que a Resolução CONAMA n. 302/2002, que dispõe sobre os parâmetros, definições e limites das Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno, e a Resolução CONAMA n. 303/2002, que dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, estabelecem padrões mínimos de proteção mais favoráveis à preservação ambiental do que a Lei n. 12.651/2012;³⁴

Com estes e outros fundamentos, então, resolve recomendar o *Parquet* à Ministra de Estado do Meio Ambiente que:

Abstenha-se de iniciar qualquer procedimento, no âmbito do CONAMA, destinado a revogar ou mesmo restringir a aplicação das Resoluções que versem sobre proteção às florestas e demais formas de vegetação, especialmente as Resoluções nº 302 e nº 303, uma vez que o Poder Judiciário vem aplicando as referidas normas nas decisões judiciais que reconhecem a inconstitucionalidade da Lei n. 12.651/2012.³⁵

Evidente que cumpre expor diversas considerações acerca do supramencionado, contudo por respeito ao debate, posterga-se o posicionamento deste trabalho para seu capítulo conclusivo e admite-se aqui a lógica de que restaria válida a Resolução ainda que com o advento novo Código Florestal, sendo este inclusive o posicionamento de parte do Poder Judiciário. É o que se explorará no próximo item.

2.4 SUPORTE JURISPRUDENCIAL PARA MANUTENÇÃO DA VALIDADE

³⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. *Da recomendação para que se observe as Resoluções CONAMA n. 302/2002 e n. 303/2002 no âmbito do Ministério do Meio Ambiente*. Recomendação n. 04, de julho de 2014, p. 3.

³⁵ *Idem*, p. 4.

O advento do Código Florestal de 2012 gerou inúmeras reações em diversas camadas da sociedade. O aparente antagonismo ambientalista e ruralista teve sua intensificação nos seus primeiros anos de vigência e atingiu o meio popular.

As mudanças trazidas pelo novo diploma legal, em muitos casos, não foram recepcionadas de forma estática, representando controvérsias jurídicas que acabaram judicializadas.

Como bem aponta Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira³⁶

Com o advento do novo Código Florestal (Lei n. 12.651 com alterações da Lei n. 12.727, de 2012) surgem algumas questões que merecem ser debatidas, dentre elas a sua compatibilidade ou não com a Lei Maior, questão que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidades (ADI 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937³⁷, certo que a última foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade e as demais pelo Procurador-Geral da República), que tem por objeto algumas de suas normas.

A discussão acerca da compatibilidade vertical do novo Código Florestal surge em virtude da instituição de regime jurídico mais favorável ao proprietário e ao possuidor, em relação ao Código Florestal de 1965 (Lei 4.771), revogado.

Superada essas considerações iniciais sobre a discussão da constitucionalidade do novo diploma legal, adentra-se no que é o objetivo deste tópico: explanar a judicialização referente à Resolução CONAMA n. 303/2002, demonstrando a jurisprudência favorável à validade do referido texto regulamentar.

Ocorreram diversas demandas judiciais, não com o objetivo de declarar válida a resolução, mas utilizando-se da sua sustentada aplicabilidade como fundamento.

A primeira decisão que é o já mencionado Recurso Especial n. 994.881/SC³⁸ que chegou em 2008 à Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça por interposição feita por empresa do ramo imobiliário e turístico contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que julgou possuir o CONAMA “autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como áreas de preservação permanente” e que “visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais”.

³⁶ FERREIRA, Olavo A. V. *A Constitucionalidade do novo Código Florestal*. In: FERREIRA, Olavo A. V. A.; NETO, Werner Grau (coords). *Temas Polêmicos do Novo Código Florestal*. São Paulo: Migalhas, 2016.

³⁸ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 994881 SC 2007/0236340-0. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ: 16/12/2008. JusBrasil, 2008.

No julgamento do recurso especial o ministro relator Benedito Gonçalves firmou que “os limites traçados pela norma regulamentadora para construção em áreas de preservação ambiental devem ser obedecidos”, não vislumbrando qualquer vício de validade na Resolução CONAMA n.303/2002.

O julgado colacionado diz respeito à tratativa dada pela Resolução CONAMA n. 303/2002 no tocante às restingas e ainda que seja anterior ao advento do novo Código Florestal, é relevante frisá-lo como argumento da defesa da validade da Resolução CONAMA n. 303/2002, pois assinala um entendimento da Corte Superior que pode ser replicado na vigência do atual diploma, a saber, o CONAMA atua dentro de suas atribuições ao editar a referida Resolução e nela trazer inovação quanto à APP.

Tal discussão também chegou ao Supremo Tribunal Federal. Em 2007, a Associação Brasileira de Criadores de Camarão (ABCC) impetrou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 127, através da qual questionava as Resoluções CONAMA 302, 303 e 312, todas de 2002.

Especificamente sobre a Resolução objeto da presente pesquisa, entendeu o Ministro Relator Teori Zavascki que “decorreu de atribuição normativa instituída de modo geral em favor do CONAMA (art. 6º, II, da Lei 6.938/81) para integralizar o ordenamento ambiental de modo a compatibilizá-la com o meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Completou ainda o ilustre ministro, que “os arts. 2º e 3º da Lei 4.771/65 definiam quais as áreas seriam atingidas pela especial proteção jurídica de proteção permanente, sem, contudo, delimitar de maneira territorialmente acurada qual seria a extensão deste amparo jurídico”.

Sobre a situação das restingas, assinalou que “a incompletude das definições legais proclamadas, para além de concorrer para uma potencial instabilidade jurídica quanto ao alcance da salvaguarda ambiental em questão, compromete a finalidade protetiva dos dispositivos legais em questão, o que levou o CONAMA a proceder, por meio de ato próprio, à delimitação das áreas situadas em restingas e em dunas que seriam objeto de proteção”.

Mesmo que a ADPF não tenha sido conhecida, sob o fundamento de que “a conformidade jurídica dos atos sob exame com o ordenamento é um problema que não pode ser resolvido pelo cotejo direto entre seu texto e a Constituição, não se

configura hipótese de lesão direta a preceito fundamental, nem é possível ter o ato normativo questionado como objeto idôneo para fins de controle concentrado, pois o processo objetivo não é instrumento adequado para viabilizar o exame de eventual ofensa reflexa à Constituição Federal”, os argumentos da validade da Resolução CONAMA n. 303/2002 são relevantes para demonstrar o posicionamento de um integrante da Corte Suprema.

Importante ressaltar, que, ainda que o julgamento tenha ocorrido após a entrada em vigor do novo Código Florestal, toda a discussão na ação se deu em relação ao Código Florestal de 1965, situação pela qual não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal entende pela recepção da Resolução CONAMA n. 303/2002.

Já no cenário pós advento, decidiu o Tribunal Regional da 3ª Região também nesse sentido. A Apelação Cível n. 00070073820064036103/SP³⁹ foi interposta em ação comum ajuizada pelo Município de São Sebastião em face do IBAMA, com o objetivo de declarar a nulidade da autuação (construção em APP de restinga) por ter sido esta lavrada com fundamento na Resolução CONAMA n. 303/2002, considerada pela autuada como ilegal.

Na origem, a sentença não reconheceu a pretensão da empresa, asseverando que o Código Florestal estabelece dentre as áreas de preservação permanente as de restinga e que por essa razão não inova na ordem jurídica a Resolução CONAMA n. 303/2002.

O acórdão, de relatoria do Juiz Federal Convocado Silva Neto, confirmou a sentença afastando as alegações do Município, inclusive arguição de invalidade, e confirmando ao final a aplicabilidade da Resolução CONAMA n. 303/2002, não reconhecendo nela nenhum extrapolo do poder regulamentar do Conselho, apenas o exercício de sua função prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Ainda, quanto à aplicação da Resolução CONAMA n. 303/2002 em juízo, importante destacar o que julgou o Tribunal Federal da 4ª Região quando provocado pelos Embargos de Declaração n. 50148425920124047200/SC⁴⁰, opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão da Quarta Turma do TRF-4, alegando,

³⁹ TRF3. APELAÇÃO CÍVEL: AC 00070073820064036103 SP 0007007-38.2006.4.03.6103. Relator: Juiz Convocado Silva Neto. DJ: 04/02/2016. JusBrasil, 2016.

⁴⁰ TRF4. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA: APL: 50112281720104047200 SC 5011228-17.2010.404.7200, Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ 21/07/2017, JusBrasil, 2017.

dentre outras omissões, a referente à legalidade da Resolução CONAMA n. 303/2002.

Em síntese, defende o MPF que a Resolução é válida e aplicável ao caso, na medida que “define como área de preservação permanente a faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima”.

A Desembargadora Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, em seu voto opinou pelo provimentos dos embargos declaratórios, definindo não haver “plausibilidade na tese de inconstitucionalidade/ilegalidade da Resolução n. 303/2002 do CONAMA, por exorbitar o poder regulamentador do órgão que a editou”. Completando que “o referido ato normativo nada mais fez do que conferir executoriedade à legislação ambiental, no seus estritos limites (art. 84, inciso IV, da Constituição Federal).

Enfim, destacada a jurisprudência que se coaduna com a validade e aplicabilidade do Resolução CONAMA n. 303/2002 e finda a explanação acerca dos fundamentos desse entendimento, segue-se ao contraponto, e capítulo conclusivo deste trabalho, que versa sobre a invalidade da referida Resolução.

3 A INVALIDIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

O entendimento apresentado no presente capítulo assinala no sentido de que com a revogação do Código Florestal de 1965 em razão do advento da nova codificação, a Resolução CONAMA n. 303/2002 teve sua validade fulminada.

Em linhas gerais o que se evidencia é que a Resolução em comento, que se prestava a regulamentar a antigo Código Florestal, perdeu sua fundamentação com a revogação deste. Para além disso, há controvérsias no texto regulamentar que eram suscitadas antes mesmo do advento do novo Código Florestal, que dizem respeito ao seu conteúdo e aos limites de atribuição do CONAMA.

Não se pode olvidar, ainda, que para o franco debate entre os dois entendimentos, mostra-se necessária abranger as questões principiológicas ambientais sob a ótica aqui apresentada, bem como a incompatibilidade entre regulamento e novo lei ambiental, situação esta que insurge referências ao princípio constitucional da legalidade.

Deveras, a discussão sobre a validade da Resolução CONAMA n. 303/2002 transpassa por diversos argumentos que, ao ver da presente pesquisa, parecem encontrar na tese de sua invalidade as fundamentações mais adequadas.

Caracterizada como mais progressista, ao contrário do explanado no capítulo anterior que se posta mais conservacionista, o posicionamento da invalidade não só desta como de outras Resolução editadas pelo CONAMA têm conquistado respaldo no mundo jurídico, incorrendo em discussões judiciais e administrativas que serão também abordadas mais adiante.

Destina-se, então, o capítulo conclusivo a defender a invalidade da Resolução CONAMA n. 303/2002.

3.1 A LIMITAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR DO CONAMA

Como já mencionado anteriormente, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) tem como marco legal institutivo a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), a qual em seu artigo 6º, inciso II, o define como parte integrante

do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) com sua dupla atribuição: consultiva e deliberativa.

É também da referida lei que emana o poder regulamentar do Conselho, firmando como uma de suas competências a de “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos” (Art. 8º, VII, da LPNMA).

Em tese, portanto, a Resolução CONAMA n. 303/2002 estaria amparada nesta atribuição do Conselho, que a editou justamente sob o pretexto de oferecer à legislação ambiental vigente à época “parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente”, como transcreve-se de seu preâmbulo.

Nos termos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro o poder regulamentar nada mais é que “umas das formas pelas quais se expressa função normativa do Poder Executivo”⁴¹, assemelhando-se ao poder legislativo à medida que “os atos pelos a Administração exerce seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos”⁴².

Daí surge a argumentação de que as Resoluções do CONAMA possuem força de lei. De certa forma a ela se assemelha, todavia está longe de representarem a mesma discricionariedade normativa.

Definição satisfatória é trazida pelo Ministro Teori Zavascki⁴³, por oportunidade da relatoria do acórdão do Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3074/DF, a qual buscava-se o controle de constitucionalidade de Resolução do CONAMA. Pois bem, apontou o ilustre Ministro que “as Resoluções CONAMA são atos administrativos normativos secundários, materialização do dever-poder regulamentar”.

Tratando-se de ato administrativo normativo regulamentar, à Resolução CONAMA n. 303/2002 impõem-se diversas limitações as quais não alcançariam uma lei propriamente dita.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 122.

⁴² *Idem*, p. 121.

⁴³ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3074 DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 28/05/2014. JusBrasil, 2014.

Deveras, o poder regulamentar do CONAMA é incontestável, no entanto, cabe a ressalva de que há limitação quanto ao conteúdo de seus atos normativos, devendo-os concentrar na matéria afeta à competência do órgão.

Neste sentido, argumenta a especialista em Direito Público Thaís Marçal⁴⁴ ao tratar da incumbência do Conselho:

Diante da especificidade técnica de sua composição, nota-se que a opção legislativa por lhe atribuir poder regulamentar é altamente propícia a atender as peculiaridades existentes na área.

Sem embargo, é preciso atentar para o fato de que o legislador positivou expressamente que este poder regulamentar é restrito à matéria de sua competência.

Para além de sua limitação material, não se pode olvidar que seus atos normativos estão dentro de um ordenamento pretensamente harmônico, no qual assegura-se a devida separação entre os poderes. Neste sentido, precioso recordar que o órgão deliberativo faz parte da estrutura do Poder Executivo, configurando-se então como um ente de apoio à execução das políticas públicas, atribuição esta precípua daquele poder.

Reconhecer tal enquadramento dentro da lógica organizacional da tripartição do Estado, de forma alguma é negar sua atribuição legislativa, pois esta é clara e prevista.

O que se intenta é ressaltar que, ao confeccionar um ato normativo, o Conselho da mesma forma que se encontra limitado materialmente à esfera ambiental, não pode legislar da maneira que lhe bem convier. Sua atividade legislativa deve estar vinculada à execução da política pública à qual se destina. Ignorar tais balizas é incorrer no risco de usurpação da competência originária do Poder Legislativo.

Como bem alude Thaís Marçal⁴⁵:

Em que pese todos os poderes (executivo, legislativo e judiciário) exercerem, em maior ou menor medida, as funções legislativa, judiciária e executiva, é preciso primar pela função principal de cada poder.

Em outras palavras, mesmo diante de previsão expressa para regulamentação em matéria ambiental, o CONAMA deve ter uma deferência pelos agentes imbuídos pelos deveres de elaborar diplomas legislativos.

⁴⁴ MARÇAL, Thaís. *Poder regulamentar do CONAMA: limites e possibilidades*. Revista eletrônica OAB/RJ, 2017, p. 106.

⁴⁵ Idem, p. 107.

Inclusive, em respeito a uma administração pública dialógica e cooperativa, não se está a excluir do CONAMA o seu poder regulamentar. Justamente ao contrário. Se está incluindo este formalmente no processo de elaboração legislativa, na qualidade de órgão técnico que é.

É de fundamental importância fomentar um processo legislativo democrático focado na força argumentativa. Nesta quadra, o CONAMA tem o dever de se manifestar sobre as matérias legislativas que versem sobre meio ambiente

O que é proposto, pois, não é a falsa ideia de engessamento da execução da política pública, mas sim a devida atuação do Conselho como órgão técnico com poder de legislar visivelmente delimitado, dentro de suas funções como ente pertencente ao Poder Executivo.

Consoante está Hely Lopes Meirelles⁴⁶ que ao tratar das balizas do poder regulamentar entendeu que:

O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei-, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).

Assim, no presente caso, o que se defende como limitante do poder regulamentar do CONAMA é o fato de sua Resolução n. 303/2002 fazer mais que disponibilizar critérios e parâmetros para a devida execução da lei, a partir do momento que em seu bojo caracteriza determinadas áreas como de preservação permanente, áreas estas não assim consideradas pelo Código Florestal.

Ao fazê-lo, adentra então na supracitada “reserva de lei”, porquanto alcança o direito de propriedade⁴⁷, constitucionalmente protegido (art. 5º, XXII,CF/88) e nele gera severa limitação à propriedade do administrado, muitas vezes incorrendo no completo esvaziamento da capacidade econômica do imóvel. Logo, fica evidente que a Resolução excede sua função como regulamento na mesma medida que o CONAMA extrapola seu poder regulamentar ao editá-la naqueles termos.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 205.

⁴⁷ 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:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Ainda em seu artigo, Thaís Marçal⁴⁸ traz citação do ilustre jurista Pontes de Miranda que, ao se confrontar com tal situação de conflito de abrangência do poder regulamentar, aborda justamente o risco de usurpação pela inobservância das limitações inerentes a este poder, assegurando que “onde se estabelecem, alteram-se e extinguem-se direitos, não há regulamento – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa”.

Isso porque, os direitos devem ser estabelecidos, alterados e extintos no bojo do devido processo legislativo. Não quer dizer, entretanto, e aqui volta-se ao que defende Thaís Marçal, que o CONAMA não deva ou possa participar desse processo de forma valiosa como apoio técnico ou consultivo. Tal modalidade de intervenção se mostra proveitosa para a discussão no âmbito do poder legiferante.

Entretanto, ao imputar encargo ao direito de propriedade do administrado sem previsão legal, mas por meio de ato administrativo normativo, neste caso do CONAMA, não há dúvidas que se está diante de afrontamento ao princípio da legalidade.

Sobre isso, serve a colocação feita por André Rufino do Vale e Gilmar Ferreira Mendes⁴⁹ sobre o princípio da legalidade, decorrente da hermenêutica do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988:

A ideia expressa no dispositivo é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (*Rechtsgesetze*), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão “em virtude de lei” na Constituição de 1988. A lei é a regra de direito (*Rechtssatz*) ou norma jurídica (*Rechtsnorm*) que tem por objeto a condição jurídica dos cidadãos, ou seja, que é capaz de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, criando direitos e obrigações.

Em verdade, ao se tecer a crítica sobre o poder regulamentar do CONAMA se busca *a priori* o combate a ideia de que, por ter aporte técnico e atuação específica na área, deva o Conselho tomar frente na elaboração normativa de questão ambiental.

⁴⁸ MARÇAL, Thaís. Poder regulamentar do CONAMA: limites e possibilidades. Revista eletrônica OAB/RJ, 2017. Disponível em: < <http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2017/11/MAR%C3%87AL-Thais.-Poder-Regulamentar-do-Conama.pdf> >. Acesso em: 28 set. 2018, p. 107.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Comentário ao art. 5º, II*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 244.

Não merece prosperar, tampouco, o argumento de que a regulamentação se dispõe a substituir o ato legislativo de maneira suplementar para salvaguardar o meio ambiente que se encontra ameaçado por inépcia ou morosidade das autoridades legisladoras. Ainda que a Carta Magna⁵⁰ assegure como direito, não pode a tutela ao meio ambiente convalidar a usurpação da competência legislativa por poder regulamentar do executivo ou fundamentar a sobreposição de ato administrativo normativo anterior e mais protetivo deste em relação à diploma legislativo posterior e menos protetivo daquele.

Superada a discussão sobre o poder regulamentar do CONAMA e feitas as devidas considerações, segue-se ao que naturalmente é decorrente de tal análise, a saber, a relação entre a Resolução CONAMA n. 303/2002, como materialização do poder normativo do Conselho, e o Código Florestal como legislação principal sobre as áreas de preservação permanente.

3.2 RELAÇÃO ENTRE LEI E REGULAMENTO: INCOMPATIBILIDADE ENTRE A RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL

A Resolução CONAMA n. 303/2002, como já mencionado anteriormente, surgiu como conteúdo destinado a regulamentar os artigos 2º e 3º do Código Florestal de 1965, vigente à época, no sentido de garantir-lhe, em tese, os meios necessários para a plena execução da legislação ambiental federal.

Da mesma forma como em tópico pretérito analisou-se a Resolução em relação ao antigo Código Florestal, mostra-se mister fazer o mesmo em relação ao a Código Florestal de 2012, já que com sua superveniência este tornou-se o novo diploma regulamentado.

Entretanto, antes mesmo de adentrar em tal análise, são necessárias algumas conceituações e considerações acerca do ato normativo denominado resolução e sua função regulamentar.

Inicialmente, deve-se ter em mente que a Resolução é espécie de ato administrativo, assim classificada quanto à sua forma. Como bem esclarece Maria

⁵⁰ 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.

Sylvia Zanella Di Pietro, “são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo”⁵¹.

Por seu turno define Hely Lopes Meirelles⁵²:

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência exclusiva.

Quanto ao seu conteúdo, pode-se dizer que a Resolução aqui tratada é ato normativo, já que carrega em seu teor normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, situando-se como exercício do poder regulamentar da administração, neste caso representada pelo CONAMA. Nessa lógica, importam como regulamento do Código Florestal, concedendo-lhe complementos dos meios de execução, em tese.

Isto posto, de suma relevância trazer as considerações feitas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵³ ao tratar sobre o regulamento executivo:

(...)complementa a lei ou, nos termos do artigo 84, IV da Constituição, contém normas “para fiel execução da lei”; ele não pode estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer as normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.

Frisa-se, as normas que são estabelecidas a título de regulamento não podem dispor em contrário à lei, tampouco de forma excedente, sob pena de estar inovando na ordem jurídica o que lhe acarretaria o vício de seu conteúdo.

Portanto, ainda que o regulamento possua força de lei, não o é e em razão disso não pode dispor como se o fosse. À lei, e por conseguinte ao poder legislativo, resguarda-se a função de criar, modificar e extinguir direitos e obrigações.

Consoante, elucida Hely Lopes Meirelles⁵⁴:

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 276.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 208.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 122.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 150.

O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados, ou completá-la, fixando critérios técnicos e procedimentos necessários para sua aplicação. Na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento desde que não invada matéria reservada à lei.

Vislumbra-se, pois, que o regulamento deve estar estritamente circunscrito à sua função precípua de complementação da lei à qual se vincula. Enfatiza-se que possuindo conteúdo regulamentar, à Resolução prestam as mesmas limitações senão mais graves. Isso porque o regulamento somente pode ser editado pelo Chefe do Executivo por meio de decreto, ao passo que a resolução edita-se por outras autoridades do Poder Executivo.

De grande valia é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵

“(…)tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É que, na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas em poderes menores. Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento. Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções regimentos ou normas quejandas.”

Diante disso, é valoroso traçar um comparativo entre a Resolução que possui conteúdo regulamentar e a lei regulamentada, no caso o Código Florestal superveniente.

Lei n. 12.651/2012	Resolução CONAMA n. 303/2002
Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta	Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.337.

Lei:	
<p>I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:</p> <p>a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;</p> <p>b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;</p> <p>c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;</p> <p>d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;</p> <p>e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;</p>	<p>I - em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de:</p> <p>a) trinta metros, para o curso d'água com menos de dez metros de largura;</p> <p>b) cinquenta metros, para o curso d'água com dez a cinquenta metros de largura;</p> <p>c) cem metros, para o curso d'água com cinquenta a duzentos metros de largura;</p> <p>d) duzentos metros, para o curso d'água com duzentos a seiscentos metros de largura;</p> <p>e) quinhentos metros, para o curso d'água com mais de seiscentos metros de largura;</p>
<p>II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:</p> <p>a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;</p> <p>b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;</p>	<p>III - ao redor de lagos e lagoas naturais, em faixa com metragem mínima de:</p> <p>a) trinta metros, para os que estejam situados em áreas urbanas consolidadas;</p> <p>b) cem metros, para as que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d'água com até vinte hectares de superfície, cuja faixa marginal será de cinquenta metros;</p>
<p>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</p>	<p>(Sem correspondente)</p>

ambiental do empreendimento;	
IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;	II - ao redor de nascente ou olho d'água, ainda que intermitente, com raio mínimo de cinquenta metros de tal forma que proteja, em cada caso, a bacia hidrográfica contribuinte;
V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;	VII - em encosta ou parte desta, com declividade superior a cem por cento ou quarenta e cinco graus na linha de maior declive;
VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;	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;
VII - os manguezais, em toda a sua extensão;	X - em manguezal, em toda a sua extensão;
VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;	VIII - nas escarpas e nas bordas dos tabuleiros e chapadas, a partir da linha de ruptura em faixa nunca inferior a cem metros em projeção horizontal no sentido do reverso da escarpa;
IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto	V - no topo de morros e montanhas, em áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura mínima da elevação em relação a base; Parágrafo único. Na ocorrência de dois ou mais morros ou montanhas cujos cumes estejam separados entre si por

<p>de sela mais próximo da elevação;</p>	<p>distâncias inferiores a quinhentos metros, a Área de Preservação Permanente abrangerá o conjunto de morros ou montanhas, delimitada a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura em relação à base do morro ou montanha de menor altura do conjunto, aplicando-se o que segue:</p> <p>I - agrupam-se os morros ou montanhas cuja proximidade seja de até quinhentos metros entre seus topos;</p> <p>II - identifica-se o menor morro ou montanha;</p> <p>III - traça-se uma linha na curva de nível correspondente a dois terços deste; e</p> <p>IV - considera-se de preservação permanente toda a área acima deste nível.</p>
<p>X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;</p>	<p>XII - em altitude superior a mil e oitocentos metros, ou, em Estados que não tenham tais elevações, à critério do órgão ambiental competente;</p>
<p>XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.</p>	<p>IV - em vereda e em faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de cinquenta metros, a partir do limite do espaço brejoso e encharcado;</p>
<p>§ 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.</p>	<p>(Sem correspondente)</p>
<p>§ 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</p>	<p>(Sem correspondente)</p>

<p>nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.</p>	
<p>§ 5º É admitido, para a pequena propriedade ou posse rural familiar, de que trata o inciso V do art. 3º desta Lei, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre.</p>	<p>(Sem correspondente)</p>
<p>§ 6º Nos imóveis rurais com até 15 (quinze) módulos fiscais, é admitida, nas áreas de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo, a prática da aquicultura e a infraestrutura física diretamente a ela associada, desde que:</p> <p>I - sejam adotadas práticas sustentáveis de manejo de solo e água e de recursos hídricos, garantindo sua qualidade e quantidade, de acordo com norma dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente;</p> <p>II - esteja de acordo com os respectivos planos de bacia ou planos de gestão de recursos hídricos;</p> <p>III - seja realizado o licenciamento pelo órgão ambiental competente;</p> <p>IV - o imóvel esteja inscrito no Cadastro Ambiental Rural - CAR.</p> <p>V - não implique novas supressões de vegetação nativa.</p>	<p>(Sem correspondente)</p>
<p>(Sem correspondente)</p>	<p>XI - em duna;</p>

(Sem correspondente)	VI - nas linhas de cumeada, em área delimitada a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura, em relação à base, do pico mais baixo da cumeada, fixando-se a curva de nível para cada segmento da linha de cumeada equivalente a mil metros;
(Sem correspondente)	XIII - nos locais de refúgio ou reprodução de aves migratórias;
(Sem correspondente)	XIV - nos locais de refúgio ou reprodução de exemplares da fauna ameaçadas de extinção que constem de lista elaborada pelo Poder Público Federal, Estadual ou Municipal;
(Sem correspondente)	XV - nas praias, em locais de nidificação e reprodução da fauna silvestre.

Analisando-se o quadro comparativo, fica claro que em diversas oportunidades o texto da Resolução CONAMA n. 303/2002 foi replicado no novo Código Florestal, o que demonstra uma escolha por parte do legislador pelas disposições que julgou proveitosas.

É o caso das APPs de manguezais (Art. 4º, inciso VII, do Código Florestal/2012), de veredas (Art. 4º, inciso XI, do Código Florestal/2012) e de entorno de lagos e lagoas naturais (Art. 4º, inciso II, do Código Florestal/2012).

Por outro lado, em outros caso a lei rejeitou as disposições regulamentares ou parte dele, percebendo-se isso em: a) tipologias de área de preservação permanente que são ampliadas pelo texto regulamentar enquanto no Código Florestal possuem delimitação mais redutiva; e b) tipologias de área de preservação permanente previstas somente na Resolução, sem haver qualquer menção na legislação federal.

Exemplifica-se.

Para a primeira hipótese podemos mencionar as áreas no entorno de nascentes e olhos d'água (Art. 4º, inciso IV, do Código Florestal/2012). Nesta

modalidade a lei federal só prevê como APP nascentes e olhos d'água perenes, conquanto a Resolução CONAMA 303/2002 em seu artigo 3º, inciso II, alcança tal proteção inclusive aos intermitentes. Observa-se, então, uma clara regulamentação *ultra legem*, isto é, ampliando a tutela que é fornecida pela lei.

Igualmente incorre em tal situação, o caso das áreas em altitude superior a mil e oitocentos metros (Art. 4º, inciso X, do Código Florestal/2012). A Resolução de forma excedente ao previsto em lei, a possibilidade de “em Estados que não tenham tais elevações, à critério do órgão ambiental competente” (Art. 3º, inciso XII, da Resolução CONAMA n. 303/2002). Ora, aqui talvez situação ainda mais gravosa aconteça, pois além de oferecer norma para além da previsão legal, dispõe sobre uma possível delegação à órgão ambiental para que este possa delimitar esta modalidade de APP. Tal tratativa se demonstra absolutamente ilegal, agindo o Conselho como se poderes para tanto tivesse.

Quanto à segunda hipótese, citam-se diversas modalidades de APP trazidas pela Resolução e que não tem amparo no Código Floresta de 2012, a saber, a de dunas (Art. 3º, inciso XI, da Resolução CONAMA n. 303/2002), de locais de refúgio ou reprodução de aves migratórias (Art. 3º, inciso XIII, da Resolução CONAMA n. 303/2002), de locais de refúgio ou reprodução de exemplares da fauna ameaçadas de extinção (Art. 3º, inciso XIV, da Resolução CONAMA n. 303/2002) e nas praias em locais de nidificação e reprodução da fauna silvestre (Art. 3º, inciso XV, da Resolução CONAMA n. 303/2002).

Ainda, menciona-se em separado devido à grande repercussão, o caso das restingas em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima (Art. 3º, inciso IX, alínea “a”, da Resolução CONAMA n. 303/2002).

Prevê o artigo 4º, inciso VI, do Código Florestal de 2012 que será APP as restingas “como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues”. Logo, o que intenta fixar a lei é que inexistente uma delimitação espacial universal, isto é, enquanto a restinga tiver função fixadora de duna ou estabilizadora de mangue será APP, independentemente de sua extensão. De outro turno, se tal função não tiver a esta área não aproveitará a tutela como área especialmente protegida.

A Resolução, ao criar nova tipologia de APP de restinga, definida pelos trezentos metros a partir da linha da preamar máxima, por evidente inovou na ordem

jurídica, extrapolando, assim, sua função de regulamentar a lei à qual está vinculada.

Por tudo apontado até aqui, não há como se opinar pela recepção da Resolução em comento pela legislação superveniente. Notória a incompatibilidade entre a Resolução CONAMA n. 303/2002 e o novo Código Florestal.

Deveras, o raciocínio é claro. O conteúdo ainda aplicável da Resolução acabou replicado na lei, sendo o restante claramente *ultra legem* ou *contra legem*, como demonstrado acima, e combinado com o fato do regulamento fundar-se em lei revogada torna insuperável a invalidade da Resolução CONAMA 303/2002.

De modo geral, aplicar a Resolução CONAMA n. 303/2002 representa definir como de preservação permanente área assim não prevista em lei, ferindo o princípio da legalidade, na medida em que impõe ao administrado limitação ao seu direito de propriedade através de ato administrativo normativo.

Afirma-se: o conjunto normativo formado entre Código Florestal de 1965 e Resolução CONAMA n. 303/2002, foi completamente substituído pelo novo Código Florestal, que revogou a lei anterior e, por conseguinte, tornou incompatível a Resolução CONAMA n. 303/2002.

Ao se falar em incompatibilidade, faz-se referência imediata à antinomia, que no presente caso ficam aparentes no quadro comparativo anteriormente colacionado, devendo-se adentrar, então, nas formas de solução desse conflito.

A solução para superar essas incompatibilidades dentro do ordenamento, segundo Norberto Bobbio, se dá pelos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade, sendo através deles possível revelar qual das normas conflitante deve preponderar.

Ao deslinde do presente trabalho, faz-se imprescindível a elucidação dos dois primeiros critérios apresentados: cronológico e hierárquico.

Pois bem, para o primeiro deles Norberto Bobbio⁵⁶ traz a definição que segue:

O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. Esse critério não necessita de comentário particular. Existe uma regra geral no direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a lei como expressão da vontade

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 94

do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra. A regra contrária obstaria o progresso jurídico, a adaptação gradual do direito às exigências.

Aplicando-se esse raciocínio ao conflito trazido por esse trabalho, tem-se que as disposições do Código Florestal de 2012 devem prevalecer às da Resolução CONAMA n. 303/2002, haja vista que são mais recentes, determinando, por isso, a intenção mais atual do legislador, que adaptou-se entre o tempo de uma e outra aos interesses da sociedade.

Voltando-se ao segundo critério leciona o autor:

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferior*. (...) A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.⁵⁷

Fazendo o mesmo exercício do critério anterior, depura-se que, como já anteriormente exposto, que a regulamentação, ainda mais em se tratando de regulamento não decretado pelo Chefe do Executivo, não só é norma inferior à lei como a complementá-la tão somente se destina.

Portanto, sob o prisma do critério hierárquico o Código Florestal se sobrepõe, inexoravelmente, à Resolução CONAMA n. 303/2002, não podendo esta última dispor como se preponderante fosse.

Ante o exposto, considerar válida a Resolução CONAMA n. 303/2002 é ignorar as antinomias existentes, e os critérios como meio de solução, entre ela e o Código Florestal de 2012. Da mesma forma, optar por aplicar as disposições regulamentares em detrimento dos termos da lei é contrário a toda fundamentação aqui anunciada.

Neste momento, fundamental é abordar o argumento que busca superar tal incompatibilidade entre lei e regulamento, a saber, o de que aplicável é a Resolução CONAMA n. 303/2002 por ser mais protetiva que o novo Código Florestal. É o que se aborda no tópico seguinte.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 95.

3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

Tratado no segundo capítulo desta pesquisa como um dos fundamentos para a manutenção da validade da Resolução CONAMA n. 303/2002, o princípio da proibição do retrocesso ecológico deve ser debatido agora sob o ponto de vista crítico do entendimento que defende a invalidade da referida Resolução.

Como já apresentado anteriormente o supramencionado princípio ganhou força na doutrina ambiental, entretanto, sobre sua interpretação e sua abrangência existem controvérsias, já que levado à sua máxima pode incorrer em graves distorções.

Isso porque definir o que seria retrocesso não depende de critério objetivo, mas sim de circunstâncias evadas de subjetividade. Isso acabaria por tornar imutável algo que foi considerado como “bom” sem perceber o risco que tal abordagem traz.

Marcos André Bruxel Saes⁵⁸, ao tratar do princípio da proibição do retrocesso na seara ambiental, destaca justamente esse risco considerando que se aplicado de forma inconsequente, tal princípio

(...)acarretaria o completo engessamento do Poder Legislativo e a impossibilidade de evolução legislativa, bem como uma inusitada e paradoxal situação em que leis ordinárias consideradas “boas” pelos que as defendem passariam a ter um revestimento de imutabilidade previsto apenas em cláusulas pétreas previstas na Carta Magna.

Seguindo em sua explanação, Marcos André Bruxel Saes colaciona excerto do ministro Gilmar Ferreira Mendes que ao deparar-se com a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso, por oportunidade do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543/DF, que aqui repete-se:

Realmente temo que, com isso, nós passemos a ter como parâmetro de controle não apenas a Constituição, mas as leis que nós consideramos boas. Daqui a pouco, todas as leis que nós considerarmos boas passarão a integrar, de alguma forma, o conceito constitucional e, no futuro, elas serão então, também, irrevogáveis por esse princípio.

⁵⁸ SAES, Marcos André Buxel. *Princípio da proibição do retrocesso não cabe na área ambiental*. Consultor Jurídico, 2016.

Nesse sentido, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso exige ponderação, necessitando uma análise profunda para revelar se determinada alteração/revogação legislativa representa afronta à preceito fundamental. Porque, em verdade, o que intenta proteger não é a forma como dispõe sobre o direito, mas o efetivo cumprimento deste.

Nesta senda, leciona Luís Roberto Barroso⁵⁹:

O que a vedação do retrocesso propõe que se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas, que regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, 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 situação 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, daí porque as consequências não de ser as mesmas nos dois casos.

Voltando-se ao tratamento do meio ambiente dado pela Constituição em seu artigo 225, e colocando sob perspectiva a codificação ambiental revogada e o Código Florestal superveniente, não se sustenta a alteração legislativa como retrocesso, em um cenário de aplicação do princípio de forma proporcional.

Pois como bem aponta Marcelo Buzaglo Dantas⁶⁰

(..) não é em qualquer hipótese que, diante de novas regras que restrinjam a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o intérprete, aplicando o princípio da proibição do retrocesso ecológico, irá declarar-la inconstitucional. Isto somente ocorrerá quando, sendo impossível a harmonização, o juiz, após realizar o sopesamento, considere que não há razões que justifiquem a mudança de regime, fazendo prevalecer, no caso concreto, a tutela ambiental em detrimento do outro direito prestigiado pela novel legislação.

Para além disso, não pode tampouco sob fundamento de evitar um dito retrocesso ambiental, aplicar-se norma revogada ou fazer prevalecer norma hierarquicamente inferior, até porque vislumbra no outro lado da balança outros direitos fundamentais como o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF/88) e de livre

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 379-380.

⁶⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2012. 463 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2012, p. 369.

iniciativa (art. 170, *caput*, CF/88), bem como o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF/88) como um dos objetivos da República.

Impõe-se a necessidade de ponderação onde não se defina como absoluto um princípio, utilizando-o como retórica a toda e qualquer fundamentação, inclusive para a validade de normas.

Complementa Marcelo Buzaglo Dantas⁶¹

Deve-se ter em mente, como em todas as hipóteses envolvendo colisão que não há precedência absoluta de um princípio sobre o outro. Com efeito, nem o desenvolvimento econômico, nem a tutela ambiental estão situados em posição hierarquicamente superior em relação ao outro. Isto é fundamental para que se evite qualquer espécie de 'prevalência a priori', que não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais.

É flagrante, nesta senda, o risco a que se incorre quando da aplicação irrestrita do brocardo aqui criticado.

Aplicando essa lógica ao objeto do presente trabalho, em suma, tem-se que ao definir o novo Código Florestal como retrocesso e, da mesma forma, a validade da Resolução CONAMA 303/2002 como defesa à essa suposta afronta, está se desconsiderando toda a ponderação acima alertada e distorcendo a função da Resolução como regulamento.

3.4 JULGADOS RELEVANTES PARA O ENTENDIMENTO DA INVALIDAÇÃO DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002

Após a superveniência do Código Florestal de 2012 e a decorrente incerteza no tocante à aplicabilidade da Resolução CONAMA n. 303/2002, muito se recorreu ao Poder Judiciário seja para dirimir a aplicação do texto regulamentar seja para obrigar sua observância.

Vislumbra-se no presente tópico o intento de apresentar alguns julgados relevantes acerca desse tema.

O primeiro deles, quiçá o mais relevante já que impacta todo o litoral paulista, diz respeito à Ação Civil Pública n. 0000104-36.2016.4.03.6135⁶², proposta pelo Ministério Público Federal e de São Paulo no início do ano de 2016, através da qual

⁶¹ *Idem*, p. 299.

⁶² JFSP. Ação Civil Pública: ACP 0000104-36.2016.4.03.6135/SP. Relator: Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes. DJ: 28/06/2018. JFSP, 2018.

se busca obrigar a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB) a observar a Resolução CONAMA n. 303/2002, visto que a consideram ainda válida, especialmente no que se refere ao seu artigo 3º, inciso IX, alínea “a”, que trata da APP de restinga delimitada em trezentos metros medidos a partir da linha de preamar máxima.

O processo em primeira instância que corria perante à 1ª Vara Federal de Caraguatatuba chegou ao fim em 15 de junho do corrente ano quando foi sentenciado julgando improcedente o pedido, e agora segue ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região em virtude de recurso de apelação interposto pelo *Parquet*.

Depura-se do teor da sentença que o entendimento aplicado é de que a Resolução revogada haja vista que

o atual Código Florestal, Lei n. 12.651/2012, que revogou a Lei n. 4.771/65, ao definir as áreas de preservação permanente, exige sejam declaradas por ato do Chefe do Poder Executivo (art. 6º), afora as espécies que expressamente define em seu artigo 4º (muito similares, diga-se, ao quanto previsto na Resolução CONAMA 303/2002).

Portanto, ao exigir ato do Chefe do Poder Executivo, a Lei n. 12.651/2012 exige regulamentação por Decreto, e retira do universo jurídico o suporte normativo da Resolução 303/2002. Somente este fato, a meu ver, torna completamente revogada referida portaria, em sua integralidade.

Da mesma forma, considerou ilegal a Resolução já que “não faz menção a lei acerca da faixa de 300 metros, como aludido na Resolução CONAMA 303/2002”, completando que “por si só isso já seria motivo de ilegalidade da Resolução CONAMA 303/2002, na medida em que é cediço que a regulamentação de lei não pode inovar no ordenamento jurídico, quando não há margem na lei regulamentada”.

Evidente que o julgado se destina a resolver como controvérsia principal a delimitação da APP de restinga, todavia esta lógica aplica-se as demais tipologias não constantes no Código Florestal, mas previstas na Resolução.

Ademais trouxe à baila consideração pertinente sobre a pretensa superioridade protetiva da Resolução, especificamente no que tange às restingas. Aludiu que o Código Florestal atual é mais benéfico que o texto regulamentar à medida que “não limita a extensão de 300 metros para proteção de restinga”, bastando “a presença de restinga, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangue, para sua proteção em toda a extensão”.

Por fim, faz-se na decisão a ressalva que ainda que fosse verificado que a área de restinga não possuísse função fixadora de duna ou estabilizadora de mangue, não estaria ela desprotegida, pois “a Lei n. 11.428/2006 disciplina a proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e expressamente, em seu artigo 2º, aduz que a vegetação de restinga compõe este sistema”.

Outro precedente interessante é do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando do julgamento da Apelação Cível n. 00006139420108260543/SP⁶³. Na origem, trata-se o feito de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo em face do Município de Igarará e particulares tendo como objeto a intervenção em área especialmente protegida. A sentença julgou procedentes os pedidos do MP, condenando os réus a pena de demolição da obra e limpeza do terreno.

Entretanto, foi em segundo grau, pela apreciação do órgão colegiado da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, que a discussão tornou-se proveitosa para o presente trabalho. Transcreve-se do voto do Relator Desembargador Ruy Alberto Leme Cavalheiro:

(...) algumas previsões do novo Código Florestal tornaram-se conflitantes com algumas Resoluções do CONAMA já existentes no ordenamento jurídico. Para solução da questão, plenamente aplicável a regra do § 4º do artigo 24 da Constituição Federal, que prevê que “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

E se lei federal superveniente suspende a eficácia de lei estadual, naquilo que lhe é contrário, por analogia suspende a eficácia das Resoluções do CONAMA, naquilo que lhe forem contrárias.⁶⁴

Sob tal fundamento, julgou-se o processo extinto “pela perda superveniente de objeto”, à medida que o imóvel não restaria configurado como em área de preservação permanente pelo Código Florestal.

Fundamentado na superveniência do Código Florestal de 2012, o referido acórdão reconheceu como inválida a Resolução CONAMA. 303/2002, considerando não mais configuradas como APP o que conta para além da redação dada pela lei federal.

Conclui-se da jurisprudência cotejada, que de fato, em juízo, já deixou-se de aplicar, em vários casos, a Resolução CONAMA n. 303/2002, sinalizando para o

⁶³ TJSP. Apelação Cível: APL 00006139420108260543 SP. Relator: Desembargador Ruy Alberto Leme Cavalheiro. DJ: 11/08/2016. JusBrasil, 2016.

⁶⁴ TJSP. Apelação Cível: APL 00006139420108260543 SP. Relator: Desembargador Ruy Alberto Leme Cavalheiro. DJ: 11/08/2016. JusBrasil, 2016.

entendimento de que não se encontra mais válida no ordenamento jurídico a partir da superveniência do novo Código Florestal.

3.5 INICIATIVAS NO SENTIDO DE RECONHECER A INVALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 303/2002 FRENTE O NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Não só no Poder Judiciário, como visto no tópico anterior, foram registradas movimentações no sentido de se reconhecer a invalidade da Resolução CONAMA n. 303/2002 diante do novo Código Florestal.

No Poder Legislativo, registra-se o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) n. 108/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados, apresentado pelo Deputado Josué Bengston (PTB/PA) em 11 de junho de 2015, que visa sustar a aplicação da Resolução CONAMA n. 303/2002.

Segundo o autor do projeto o CONAMA “não tem autonomia para legislar” e a Resolução “além de exorbitar de seu poder ao criar uma norma que visa legislar, também se encontra tacitamente revogada, tendo em vista que o Novo Código Florestal abrange o tema”.

Encaminhada para a Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), teve o Parecer de Relatoria do Deputado Stefano Aguiar aprovado em 25 de outubro de 2015, seguindo então para crivo da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Em 30 de agosto de 2016, sob relatoria do Deputado Alceu Moreira, o parecer foi no sentido de aprovar o mérito. Seguindo para deliberação da Comissão, por repetidas vezes o parecer foi retirado de pauta, constando como última movimentação a devolução ao relator para reexame, na data de 31 de outubro de 2017.

Pela via administrativa, dentro do próprio CONAMA ocorreu intento também no sentido de revogar sua Resolução n. 303/2002. Na 121ª Reunião Plenária Ordinária criou-se o Grupo Assessor ao qual foi atribuída tarefa de avaliar os impactos gerados pelo novo Código Florestal sobre as Resoluções editadas por aquele Conselho.

Por oportunidade de sua 5ª Reunião, ocorrida em 21 de agosto de 2017, o Grupo Assessor opinou pela revogação da Resolução CONAMA n. 303/2002,

aprovando o Parecer apresentado por representante da Confederação Nacional da Indústria.

Em suma o parecer defendeu que “como alguns dispositivos da Res. 303/2002 foram incorporados ao texto, mesmo não estando presentes na Lei 4.771/65, entendemos que o legislador optou por revogar, ainda que tacitamente, os demais dispositivos”, considerando reforçar tal entendimento o fato de que “a Lei expressamente prever que a definição de outras áreas, além daquelas dispostas em seu art. 4º, depende de ato posterior do Chefe do Poder Executivo, não mais de qualquer ato administrativo”.

Apesar de aparentar ser evidente o posicionamento do Conselho, para a efetiva revogação, deve ainda o assunto ser deliberado pelo Plenário do CONAMA, para então ser redigida a resolução revogatória.

Conclui-se do exposto, que existe um alinhamento no sentido de reconhecer a invalidade da Resolução CONAMA n. 303/2002 e determinar sua revogação para que se faça valer somente o que devidamente por lei se está imposto, no caso das áreas de preservação permanente, o Código Florestal de 2012.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa, amparada em doutrina e jurisprudência, bem como documentos públicos de grande relevância à matéria discutida, destinou-se a enfrentar o problema “Com o advento do novo Código Florestal a Resolução CONAMA n. 303/2002 permanece válida?”.

No Capítulo I, foi feita verdadeira introdução à Resolução, oportunidade na qual foi exposto seu conteúdo regulamentar sobre Áreas de Preservação Permanente ao mesmo tempo em que foi apresentado o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) como órgão responsável por sua confecção, bem como foi inserida à discussão o poder regulamentar deste ente.

Desde o capítulo inaugural, foi revelada a controversa relação entre o Código Florestal e a Resolução CONAMA n. 303/2002, quando ainda da vigência da lei ora revogada, já se discutia sua aplicabilidade e seus limites.

Seguindo, no Capítulo II, mostrou-se o entendimento, e seus fundamentos, da permanência da validade da Resolução. Ficaram evidentes como alicerce, os argumentos da recepção do texto regulamentar pela lei superveniente, da fundamentação de validade na Política Nacional do Meio Ambiente e da aplicação da Resolução como máxima do princípio da proibição do retrocesso ambiental, julgando-a mais protetiva.

Por sua vez, no Capítulo III foi exposto posicionamento antagônico ao anterior: a Resolução CONAMA n. 303/2002 é inválida frente ao novo Código Florestal. É este o entendimento conclusivo a que se chegou no presente trabalho.

O Código Florestal de 1965 ao ser revogado carregou consigo a Resolução que o regulamentava, pois esta ao não ser recepcionada pela lei superveniente, por motivo de incompatibilidade, teve sua validade fulminada.

Tal incompatibilidade é pulsante, à medida que o legislador ao redigir o novo Código Florestal levou em consideração a Resolução CONAMA n. 303/2002, apropriando-se de algumas disposições e refutando outras. De fato a Resolução é inválida, mas para além disso, a existência da Resolução no ordenamento jurídico se mostra desnecessária já que comparada à lei seu conteúdo ou é inócuo – por ter sido replicado – ou é ilegal – por dispor de maneira excedente.

Ainda, depurou-se que manter a aplicação da Resolução sob a retórica de que esta é mais protetiva que o novo Código Florestal é incabível, representando uma sobreposição de um ato administrativo à lei, o que em outro plano nada mais é que o excesso evidente do poder regulamentar, o que republicaneamente não se sustenta.

Concluiu-se, também, que existe aporte jurisprudencial que embasa tal posicionamento e, para além do Poder Judiciário, a invalidade da Resolução ganhou respaldo dentro do Poder Legislativo e até mesmo no órgão responsável por sua edição, a saber, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

REFERÊNCIAS

AHRENS, Sérgio. *O “Novo” Código Florestal Brasileiro: Conceitos Jurídicos Fundamentais*. Trabalho voluntário no VIII Congresso Florestal Brasileiro. São Paulo: Sociedade Brasileira de Silvicultura, 2003.

AZEVEDO, Robertson Fonseca de. WADE, Jeff. A NEPA – National Environmental Policy Act – norte americana de 1969 – antecedente da Política Nacional do Meio Ambiente brasileira. In ABI-EÇAB, Pedro. GAIO, Alexandre (org.). *Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: 30 anos*. Campo Grande: Contemplar, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Do parecer no tocante à não aplicação da Resolução CONAMA n. 303/2002 pela superveniência da Lei n. 12.561/2012. Parecer jurídico, n. 1.131, de 31 de dezembro de 2014. Relator: Olavo Moura Travassos de Medeiros. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2564109.PDF>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. Decreto n. 99.274, de 6 de jun. de 1990. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília-DF, jun. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Justiça Federal de Santa Catarina. PROCEDIMENTO COMUM 2002.72.08.004810-1 (SC) / 0004810-08.2002.4.04.7208. Relator: Juíza Federal Substituta Vilian Bollmann. DJ: 07/12/2007. JFSC, 2007. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200272080048101&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

_____. Justiça Federal de São Paulo. AÇÃO CIVIL PÚBLICA 0000104-36.2016.4.03.6135 (SP). Relator: Gustavo Catunda Mendes. DJ: 28/06/2018. JFSP, 2018.

_____. Lei n. 4.771, de 15 de set. de 1965. Código Florestal, Brasília-DF, set. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de ago. de 1981. Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Brasília-DF, ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Lei n. 12.651, de 25 de mai. de 2012. Novo Código Florestal, Brasília-DF, mai. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. Ministério Público Federal. Da recomendação para que se observe as Resoluções CONAMA n. 302/2002 e n. 303/2002 no âmbito do Ministério do Meio Ambiente. Recomendação n. 04, de julho de 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/recomendacoes-4accr/recomendacoes-4a-ccr-2014/Recomendaon0420144CCRaoMMA.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. Resolução CONAMA n. 303, de 20 de mar. de 2002. Dispões sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, Brasília-DF, mar. 2002. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30302.html>>. Acesso em: 1 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 994881 SC 2007/0236340-0. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ: 16/12/2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6060122/recurso-especial-resp-994881-sc-2007-0236340-0-stj/relatorio-e-voto-12193023?ref=serp>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 3074 DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 28/05/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25120631/agreg-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3074-df-stf/inteiro-teor-123361708?ref=juris-tabs>. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. APELAÇÃO CÍVEL: AC 00070073820064036103 SP 0007007-38.2006.4.03.6103. Relator: Juiz Convocado Silva Neto. DJ: 04/02/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317150169/apelacao-civel-ac-70073820064036103-sp-0007007-3820064036103>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA: APL: 50112281720104047200 SC 5011228-17.2010.404.7200. Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ 21/07/2017, JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/472763706/apelacao-remessa-necessaria-apl-50112281720104047200-sc-5011228-1720104047200/inteiro-teor-472763751?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APELAÇÃO CÍVEL 00006139420108260543 SP. Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro. DJ: 11/08/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373946361/apelacao-apl-6139420108260543-sp>

0000613-9420108260543/inteiro-teor-373946390?ref=juris-tabs . Acesso em: 11 nov. 2018

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2012. 463 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6067/1/Marcelo%20Buzaglo%20Dantas.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERREIRA, Olavo A. V. A. *Constitucionalidade do novo Código Florestal*. In: FERREIRA, Olavo A. V. A.; NETO, Werner Grau (coords). *Temas Polêmicos do Novo Código Florestal*. São Paulo: Migalhas, 2016.

LINHARES, Felipe Neves. *Demolição de obras e construções irregulares: abordagem administrativo à luz do direito ambiental*. 2013. 254 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2013.

MARÇAL, Thaís. *Poder regulamentar do CONAMA: limites e possibilidades*. Revista eletrônica OAB/RJ, 2017. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2017/11/MAR%C3%87AL-Thais.-Poder-Regulamentar-do-Conama.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Comentário ao art. 5º, II*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Nelson Tonon. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental: da interpretação alargada à aplicação ponderada*. 2017. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182157/Binder1.pdf?sequencia=1>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Manual das áreas de preservação permanente: regime jurídico geral, espécies, exceções com doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, José R. M. (coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LETE, Rubens M.; FERREIRA, Maria Leonor P. C. *As novas funções do direito administrativo em face do Estado de Direito Ambiental*. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Grandes Temas de Direito Administrativo*. Florianópolis: Millennium, 2009.

RODRIGUES. Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SAES, Marcos André Buxel. *Princípio da proibição do retrocesso não cabe na área ambiental*. Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/marcos-saes-principio-proibicao-retrocesso-area-ambiental>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SAMPAIO. Rômulo S. R. *Direito ambiental: doutrina e casos práticos*. Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

THOMÉ, Romeu. *O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: JusPodivm, 2014.