

FUNDAÇÃO ESTADUAL DE ENGENHARIA DO MEIO AMBIENTE

Parecer RD n.º 04/2007 – Rafael Lima Daudt d'Oliveira¹

Procedimento Administrativo nº E-07/203.472/2006.
Licença de Instalação. Empreendimento imobiliário situado em faixa marginal de proteção de curso d'água canalizado, área de preservação permanente (APP) protegida pelo Código Florestal. Parecer da área técnica atestando que a APP em questão perdeu a sua função ecológica. As APPs aplicam-se às áreas urbanas. Competência da FEEMA para exigir o cumprimento ao disposto no Código Florestal, no curso dos procedimentos de licenciamento. Compete à Procuradoria Geral do Estado oficial obrigatoriamente no controle da legalidade dos atos da Administração Pública. Art. 2º, a, do Código Florestal: constitucionalidade em abstrato, mas inconstitucionalidade em concreto. A perda da função ecológica da APP faz com que a proteção dela torne-se desnecessária. Exigir a estrita aplicação do Código Florestal ao caso significa violar o princípio da proporcionalidade, mais especificamente o seu sub-princípio da adequação, tendo em vista que a norma, em concreto, não é apta a promover a finalidade para a qual foi criada, qual seja a proteção dos recursos naturais. Da mesma forma, viola o princípio da razoabilidade, em seu sentido material, bem como os princípios da igualdade e da proteção da confiança legítima. Doutrina e Jurisprudência. Juridicidade da concessão da licença ambiental de instalação ao empreendimento.

I – INTRODUÇÃO

Esta assessoria jurídica foi consultada pela Diretora do Departamento de Controle Ambiental - DECON quanto à obrigatoriedade de ser respeitada a faixa marginal de proteção – FMP de um corpo d'água canalizado para o licenciamento de empreendimento imobiliário situado à sua margem, tendo em vista a constatação de situação preexistente que impede que a faixa marginal cumpra sua função ecológica (fls. 62).

Trata-se de procedimento administrativo instaurado em setembro de 2006, a partir de requerimento de licença de instalação protocolado por GAFISA S/A. ("requerente"), para a edificação de um prédio residencial multifamiliar com 72 unidades (fls. 09), em imóvel de 1.382 m² localizado em área urbana consolidada do município de Niterói, na Rua Graciliano Ramos, s/nº, Lote A, no bairro de Santa Rosa.

As fotografias de fls. 51/53 evidenciam a localização do imóvel em logradouro provido de infra-estrutura, às margens de um curso d'água canalizado e tangenciado em ambos os lados por vias pavimentadas, em área destinada à ocupação urbana pelo Poder Público municipal.

Em virtude da proximidade do curso d'água, apresentou-se a planta de fls. 47, que indica a demarcação de uma faixa marginal de proteção de 21,38 metros a partir do eixo canal, com aprovação em outubro de 2006 pela SERLA, que é o órgão responsável pela

¹Este parecer foi elaborado com a valiosa e imprescindível colaboração da Dra. Flávia Teixeira, assessora jurídica da FEEMA.

gestão dos cursos d'água na estrutura administrativa do Estado do Rio de Janeiro.

Questiona-se, portanto, a obrigatoriedade de a FEEMA exigir o atendimento ao limite mínimo de 30 metros previsto no Código Florestal (Lei no 4.771, de 1965), não obstante a demarcação pela SERLA e a constatação da perda da função ecológica da margem do curso d'água, em virtude de obras realizadas há anos pelo poder público quando da urbanização da região.

II – DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS DA REQUERENTE:

A requerente apresentou uma carta (fls. 67), solicitando a urgência da análise, sob a justificativa de já ter comercializado 80% das unidades imobiliárias e, ainda, argumentando quanto aos aspectos jurídicos que confirmariam a legalidade da demarcação da FMP pela SERLA. Invocou, também, o princípio da isonomia, em virtude da existência de outros empreendimentos no local com características semelhantes.

Baseando-se na interpretação da Lei Estadual nº 650, de 11/01/1983, que dispõe sobre a política estadual de defesa e proteção das bacias fluviais e lacustres do Estado do Rio de Janeiro, aduz que a competência legal para definir e estabelecer a FMP dos cursos d'água seria única e exclusivamente da SERLA e que, não obstante a ausência de competência da FEEMA, esta ASJUR teria sido instada a se manifestar acerca da legalidade da aprovação da metragem mencionada, que considera "supostamente" inferior ao previsto no Código Florestal.

Sustenta que o Código Florestal não se aplica às áreas urbanas, transcrevendo, para tanto, fragmentos de decisões jurisprudenciais e de artigos acadêmicos, chegando a afirmar a existência de um parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro que, por oportunidade de manifestação acerca da Portaria SERLA no 324,03², teria concluído que os 30 metros da Lei 4.771, de 1965 somente se aplicariam às áreas rurais³.

Finalmente, argumenta que a legislação aplicável à hipótese seria a Lei no 6.766, de 19/12/1979, a qual, ao dispor sobre o parcelamento do solo urbano, previu em seu art. 4º, entre os requisitos impostos aos loteamentos, a obrigatoriedade de se preservar uma "faixa não-edificável de 15 (quinze metros) de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica".

Alegando constituir o referido dispositivo da Lei no 6.766, de 1979 a diretriz geral de que trata a Constituição Federal de 1988, ao prever a competência municipal para a execução da política de desenvolvimento urbano, "conforme diretrizes gerais fixadas em lei" (art. 182), bem como invocando o art. 42, VIII, da Lei Municipal no 1.468, de 11/12/1995⁴, conclui pela legalidade do ato da SERLA, uma vez que o Código Florestal não se aplicaria às áreas urbanas.

Assim, objetivamente, o presente parecer pretende abordar o tema da aplicabilidade do Código Florestal nas áreas urbanas, a divergência existente entre a FEEMA e SERLA quanto aos limites mínimos de demarcação das APPs e seus

²Ao contrário do que alega a requerente, conforme veremos mais adiante, a Portaria SERLA no 324, de 2003, ao definir a base legal para estabelecimento da largura mínima da FMP, repetiu exatamente os limites mínimos previstos no Código Florestal, inclusive o parágrafo único de seu art. 2º, que fortalece a sua aplicação nas áreas urbanas.

³Segundo referência da requerente, Parecer no 001/BLS/2006-PG-06 (fls. 76 – Proc. E-07/203.472/06).

⁴Este dispositivo dispõe sobre a apresentação de projetos de aruamento, anterior ao parcelamento na forma de loteamento ou condomínio, determinando exatamente que, nas hipóteses de projetos de drenagem ao longo dos cursos d'água existentes, sejam atendidos os parâmetros específicos determinados pelo órgão competente.

reflexos nos procedimentos de licenciamento ambiental, bem como a possibilidade de a administração pública afastar a aplicabilidade da Lei Federal no caso específico do empreendimento, à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, da segurança das relações jurídicas, da livre iniciativa e da propriedade privada.

III – DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: APLICAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL NAS ÁREAS URBANAS

Segundo definição do art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 4.771, de 1965, com redação introduzida pela Medida Provisória no 2.166-67, de 24/08/2001, considera-se de preservação permanente a área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º do Código Florestal, “coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de flora e fauna, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

Tratam-se de áreas cuja proteção se justifica em virtude da importante função ecológica que desempenham, onde quer que se encontrem no território nacional os acidentes geográficos apontados no art. 2º do Código Florestal (APPs *ope legis*, criadas pelo só efeito da lei) ou sempre que declaradas, por ato do poder público, quando necessárias ao exercício das funções ambientais elencadas no seu art. 3º, entre elas a atenuar a erosão dos solos, fixar dunas, etc⁵.

Interessam para o presente exame as áreas de preservação permanente constituídas pelas margens dos cursos d’água, protegidas de acordo com a alínea “a” do art. 2º do Código Florestal, conforme abaixo se transcreve:

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

- a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:
 - 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;
 - 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
 - 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
 - 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
 - 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;”

Vale ressaltar que o texto original de 1965 considerava de preservação permanente as “florestas e demais formas de vegetação natural” situadas nos acidentes geográficos mencionados no art. 2º, reconhecendo-as “de utilidade pública às terras que revestem”

⁵Anteriormente a 1965 vigorava o Código Florestal instituído pelo Decreto Federal no 23.793, de 23 de janeiro de 1934, que já protegia as encostas e margens de cursos d’água, considerando a vegetação “evidentemente necessária a fins hidrogeológicos”, conforme observação de Osni Duarte Pereira, em sua obra pioneira sobre o tema no Brasil (PEREIRA, Osni Duarte. Direito Florestal Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 211).

e declarando-as “bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se o direito de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem (art. 1º).

A definição trazida pela MP 2.166-67, de 2001 esclareceu que a proteção se estenderia também às “áreas” localizadas nesses espaços, ainda que destituídas de vegetação, evitando com isso a possibilidade de se afastar a aplicabilidade do Código Florestal, sob o frágil argumento da inexistência da vegetação naquelas áreas (neste sentido: parecer RD 02, de 2007, desta ASJUR).

E, com o fim de assegurar a proteção das APPs em toda a extensão do território nacional, a Lei no 7.803, de 1989 introduziu o parágrafo único ao art. 2º da Lei 4.771, de 1965, prevendo que:

“No caso de áreas urbana, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, 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 esta lei.”

Não obstante algumas interpretações no sentido de que o dispositivo teria afastado a incidência da Lei nas áreas urbanas, bem como os inúmeros obstáculos que se insurgem na sua implementação, as conclusões majoritárias afirmam que as faixas estabelecidas pelo Código Florestal ao longo dos corpos d’água são mínimas e aplicam-se integralmente às áreas urbanas.

Neste sentido, vale registrar a posição de Paulo Affonso Leme Machado, esclarecendo que “ao introduzir-se esse parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo do Município têm que estar em consonância com as normas do mencionado art. 2º”.

No mesmo caminho, observou Guilherme José Purvin de Figueiredo, reportando-se ao mesmo dispositivo:

“A clareza do dispositivo não impediu que alguns entendessem que este dispositivo estava a dizer exatamente o contrário do que diz, isto é, que declarava a não aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas. Não vemos, porém, como se possa extrair tal exegese de referido dispositivo, razão pela qual comungamos com a posição de Paulo de Bessa Antunes, para quem “o respeito aos limites e princípios estabelecidos pelo Código Florestal deve ser interpretado como a impossibilidade legal de que os municípios tornem mais flexíveis os parâmetros estabelecidos na lei federal”⁶.

Igualmente defendendo que os Municípios não podem estabelecer limites menos restritivos que o Código Florestal, Danielle de Andrade Moreira⁷ elenca uma significativa lista de autores que compartilham do mesmo entendimento, valendo mencionar José

⁶FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. O Código Florestal e a Biodiversidade. In CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (Coord.). Os 40 anos do Código Florestal. Rio de Janeiro: EMERJ, 2007. p. 167.

⁷MOREIRA, Danielle de Andrade. O conteúdo ambiental dos planos diretores e o Código Florestal. Artigo ainda não publicado, gentilmente cedido pela autora.

Afonso da Silva⁸, Antônio Herman Benjamin⁹, Vladimir Passos de Freitas¹⁰, Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹, Juracy Peres Magalhães¹², Ana Maria Moreira Marchesan¹³ e Fernanda de Salles Cavedon¹⁴. Também merece destaque a posição de Daniel Roberto Fink e Márcio Silva Pereira:

“A função ecológica da propriedade, particularmente a preservação dos elementos naturais, deve ser observada no exercício do direito de propriedade, seja esta urbana ou rural, pública ou particular. Isto funda-se na importância do que os recursos naturais (água, flora, fauna, ar e solo) representam para a vida do homem, considerando-se, inclusive e, talvez principalmente, as futuras gerações.

(...) o exercício do direito de propriedade, seja esta rural, urbana, pública ou particular deve respeitar as limitações estabelecidas neste estatuto (Código Florestal), sobretudo aquelas elencadas no art. 2º.”¹⁵

Não se justifica, portanto, a dúvida que ainda subsiste quanto à incidência das APPs também no perímetro urbano, sendo oportuno lembrar que diversos estudos demonstram que os efeitos da ausência de proteção dessas áreas nas cidades são ainda mais danosos do que nas zonas rurais.

Nas áreas de aglomeração urbana, a concentração populacional, a impermeabilização do solo, a ocupação das áreas de risco por populações de baixa renda, somadas à carência de abastecimento de água tratada e à ausência de tratamento do esgoto provocam consequências desastrosas como inundações, enchentes e doenças de veiculação hídrica como cólera, hepatite, leptospirose, diarreia, etc.

A Cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, apresenta um cenário natural único, cujo crescimento urbano é orientado pelos maciços montanhosos da Pedra Branca, Gericinó-Mendanha e da Tijuca, que geram obstáculos à circulação e constituem importantes centros dispersores de águas pluviais, características que geram uma série de problemas relacionados aos processos naturais, contribuindo para o agravamento das *catástrofes naturais*.

⁸SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, p. 127.

⁹BENJAMIN, Antônio Herman. A proteção das florestas brasileiras: ascensão e queda do Código Florestal. In Revista de Direito Ambiental. N. 18, pp. 21 a 37.

¹⁰FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

¹¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer elaborado a pedido de Momentum Empreendimentos Imobiliários Ltda. Disponível em www.momentum.com.br/pareceres/pbm.pdf. Acesso em 02/11/06.

¹²MAGALHÃES, Juracy Peres. Comentários ao Código Florestal: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 69.

¹³MAECHESAN, Ana Maria Moreira. Preservação ambiental e ocupação do espaço urbano à luz do Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 2001). In Revista de Direito Ambiental. N. 25: 299 a 306. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 303.

¹⁴CAVEDON, Fernanda Salles et. al. Função ambiental da propriedade urbana e áreas de preservação permanente: a proteção das águas no ambiente urbano. Disponível em www.aprodab.org.br. Acesso em 21/06/2006, às 16h34.

¹⁵FINK, Daniel Roberto e PEREIRA, Márcio Silva. Vegetação de Preservação Permanente e Meio Ambiente Urbano. In Revista de Direito Ambiental. N. 2: 77 a 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 84 e ss.

Pesquisas climatológicas desenvolvidas desde 1960 apontam a triste realidade desta cidade, que enfrenta, sistematicamente, a média de uma catástrofe meteorológica por década, cabendo destacar as mais recentes, ocorridas em: 1966 (quando apenas 4 horas de temporal causou 100 mortes e milhares de desabrigados, sendo decretado estado de calamidade pública); 1988 (que deixou um saldo de 277 mortos e mais de 12 mil desabrigados, sendo decretado estado de calamidade pública e computados 303 casos de leptospirose, com 16 vítimas fatais) e a última em 1996 (deixando 59 mortos e 1.500 desabrigados)¹⁶.

Já em 1989, diante da magnitude do desastre de 1988, destacava-se a questão do uso inadequado do ambiente, especialmente o tropical, onde tem sido regra a falta de sintonia entre a ação antrópica e as leis da natureza¹⁷. Não obstante tal constatação, até os dias atuais busca-se denominar oportunamente esses graves episódios como *catástrofes naturais*, atenuando-se a responsabilidade do poder público quanto ao insatisfatório planejamento das cidades e ensejando uma percepção coletiva de que nenhuma medida poderia evitar os danos suportados pelas vítimas desses eventos.

Afigura-se inquestionável que a intensificação do processo de urbanização sem um planejamento atento às características naturais, contribui decisivamente para a piora da qualidade de vida nas cidades, principalmente em virtude dos problemas de drenagem, impermeabilização do solo, desmatamento, poluição, contenção de encostas e inundações.

Desse modo, não pode a administração pública permitir que se diminua a importância da legislação concernente à proteção dessas áreas mais suscetíveis às intempéries, tais como margens de rios e encostas, exatamente as de que tratam o Código Florestal em seus arts. 2º e 3º, cuja aplicação em âmbito nacional se manifesta imprescindível.

Com efeito, é oportuno observar o entendimento que tem se firmado nos Tribunais, bem como as transformações que vêm sendo realizadas pelo poderes públicos da União e dos Estados com relação à aplicação do Código Florestal, a fim de dar cumprimento ao mandamento constitucional do art. 255, de assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, então, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confirmando a aplicação dos limites da Lei no 4.771/65 nas áreas urbanas:

“...Ora, a lei federal em questão é clara ao determinar a aplicação da lei local desde que esta respeite os limites estabelecidos no artigo. Isto quer dizer que não é possível edificar-se a menos de trinta metros ao longo de qualquer curso d'água, cuja largura seja de menos de dez metros, como é o caso concreto.” (TJSP - ap. cível nº 078.471.4/2-00, 2ª Câmara, rel. Des. Lineu Peinado, j. 8.7.99, v.u.).

No mesmo sentido, é oportuno mencionar ainda outras decisões registradas por Danielle de Andrade Moreira¹⁸, a saber, as proferidas no Agravo de Instrumento no 111.177-5/0, da Comarca de São Paulo¹⁹, nos Embargos de Declaração nº 207.160.5/9-01,

¹⁶Para um histórico detalhado sobre os episódios pluviais que causaram impactos socioambientais na cidade do Rio de Janeiro desde 1613 a 1996, v. BRANDÃO, Ana Maria de Paiva Macedo. Clima urbano e enchentes na cidade do Rio de Janeiro. In: Guerra, A. J. T., Cunha, S. B. (org.). Impactos ambientais urbanos no Brasil. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

¹⁷BRANDÃO, Ana Maria de Paiva Macedo. Op. Cit.

¹⁸Ibidem.

¹⁹Decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que “Na verdade, a Constituição Federal apenas delegou ao Município a competência complementar para legislar sobre direito urbanístico, florestas, defesa do solo e proteção ao meio ambiente. Não pode ele, portanto, na elaboração de planos e leis de uso do solo, deixar de atender as normas federais e estaduais. Dessa forma, mostra-se insuficiente

da Comarca de Barueri,²⁰ e no Agravo de Instrumento nº 212.573-5/3-00, da Comarca de Campinas²¹.

Vale também ressaltar o Parecer no 124/00, da Procuradoria Geral do IBAMA, elaborado pela Procuradora Lia Drumond Chagas Dornelles²², atendendo consulta do DEPRN, em vista da edição por alguns municípios paulistas de leis impondo limites menos restritivos que os do Código Florestal à proteção das margens dos corpos d'água, que contou com a seguinte ementa: "Parcelamento do Solo Urbano. Proteção de Áreas Marginais de Corpos D'Água. Áreas de Preservação Permanente. Legislação Municipal. Prevalência das Normas Federais e Estaduais. Prevalência do Código Florestal."

Também oportuno registrar o entendimento do Instituto Ambiental do Paraná, órgão da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos, que, por meio da Portaria nº 114/98/IAP/GP, de 27.04.98, determinou que:

"1 - em todo e quaisquer tipos de requerimentos de licenciamento ambiental, autorização florestal, autorização ambiental e/ou anuências prévias, devem ser observados rigorosamente o disposto no artigo 2º da Lei Federal 4.771, de 1965, complementado pelo arts. 3º e 4º da Resolução CONAMA nº 004, de 1985, os arts. 1º, 2º e 3º da Lei Federal 7.754, de 1989, e ainda, o disposto no art. 6º da Lei Estadual nº 11.054 com relação à faixa de preservação permanente, sejam em áreas urbanas, rurais ou região litorânea; 2 - considera-se faixa mínima de preservação permanente 30 (trinta) metros de cada uma das margens dos cursos hídricos, aumentando-se conforme preconiza a legislação citada nesta Portaria."

Por todas essas razões, esta assessoria jurídica já firmou entendimento de que o instituto da APP se aplica não só nas áreas rurais como também nas urbanas, acrescentando que também nestas áreas compete ao Estado fiscalizar a aplicação do Código Florestal, notadamente quando se tratar de atividade (a) por ele licenciada, (b) desenvolvida em unidade de conservação estadual ou (c) cujo impacto ambiental nela se projete, (d) sem prejuízo de sua atuação supletiva, pela aplicação direta dos arts. 23, incisos VI e VII, e 225, *caput*, da CRFB²³.

Assim, afasta-se desde já a alegação da requerente de que o Código Florestal não aplica às áreas urbanas. Passa-se a abordar a questão do limite para as faixas marginais de proteção nessas áreas, tendo em vista o que estabelece o art. 4º, III, da Lei nº 6.766, de 1979²⁴.

a observância tão-somente das posturas municipais para a regularização e prosseguimento das obras do empreendimento, devendo ser levado em conta também o disposto na legislação federal e estadual sobre a matéria" (Ag. Inst. 111.177-5/0, Comarca de São Paulo, Julgado em 21/09/99).

²⁰Com muita clareza decidiu o TJSP: "à legislação estadual e municipal não é dado deixar de observar, mesmo que se trate de área urbana, "os princípios e limites" a que alude o art. 2º do Código Florestal, dentre estes a faixa marginal de trinta metros para os cursos d'água de menos de dez metros de largura" (Emb. Decl. 207.160.5/9-01).

²¹Esta última proibiu os adquirentes de lotes especificados de construírem sem observância mínima de 30 metros do curso d'água existente no Loteamento Residencial Fazenda São José.

²²DORNELLES, Lia Drumond Chagas. Parecer nº 124/2000 – PROGE/IBAMA – 29/02/00.

²³D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. Parecer RD - 03/2007, proferido nos autos do procedimento administrativo no E-07/ 200.534/06 e aprovado pelo Sub-Procurador Geral do Estado, Dr. Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, pp. 22 a 24.

Sob esse enfoque, vale mencionar o entendimento de Suely Mara Vaz de Araújo, que, também ao lembrar que a proteção dos recursos hídricos não diferencia áreas urbanas ou rurais, e que a manutenção das APPs talvez assumira ainda maior importância naquelas áreas com alto grau de impermeabilização, sustentou que o citado "parágrafo único do art. 2º do Código Florestal foi acrescido pela Lei nº 7.803, de 1989 e é, portanto, posterior ao referido dispositivo da Lei nº 6.766, de 1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano)"²⁵.

Aliás, não obstante dispor sobre a reserva da faixa *non aedificandi* de 15 metros ao longo das águas correntes e dormentes, ressalva explicitamente o dispositivo as "maiores exigências estabelecidas por legislação específica", sendo certo que a legislação de proteção ambiental deve ser considerada como tal.

Igualmente invocando o critério do exame cronológico da publicação das leis federais, Daniel Roberto Fink e Márcio Silva Pereira, há mais de dez anos, já sustentavam a derrogação do inciso III do art. 4º da Lei nº 6.766, de 1979:

"Ao aumentar a faixa mínima marginal de curso d'água a ser preservada, de quinze para trinta metros, regulando a mesma matéria – área a ser preservada em loteamento para fins urbanos – os dois estatutos federais apresentam contradição aparente entre si que se resolve pelo princípio geral segundo o qual prevalece a lei mais recente.

Podemos afirmar, assim, que ocorreu derrogação do inc. III, do art. 4º, da Lei 6.766, de 1979, pela Lei 7.511, de 1986, que alterou o Código Florestal. Tal derrogação, contudo, abrange tão-somente as expressões 'águas correntes', posto que o art. 4º, inc. III, ainda prevalece ao longo das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos."²⁶

Ao abordar as hipóteses anteriores à introdução do parágrafo único do art. 2º do Código Florestal pela Lei nº 7.703, de 1989, interpretação semelhante foi externada por Paulo Affonso Leme Machado:

"a Lei nº 6.766, de 1979 estabeleceu o mínimo a ser reservado com relação à faixa „non aedificandi" ao longo das águas correntes e dormentes (lagos, represas ou açudes etc.). Essa faixa mínima de quinze metros amplia as exigências do Código Florestal (art. 2º, "a"). Não há conflito entre os dois estatutos legais.

Seguindo a lição acima, a recíproca também é verdadeira, ou seja, se inicialmente a Lei nº 6.766, de 1979 ampliou as exigências do Código Florestal, as modificações neste introduzidas pelas Leis nos 7.511, de 1986 e 7.803, de 1989, ampliaram, mais uma vez, as exigências da Lei nº 6.766, de 1979."²⁷

²⁴Assim preceitua o dispositivo: "Art. 4º - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: ...; III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; (Redação dada pela Lei nº 10.932, de 2004)".

²⁵ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. As Áreas de Preservação Permanente e a Questão Urbana. Consultoria Legislativa da Área XI - Meio Ambiente e Direito Ambiental, Organização Territorial, Desenvolvimento Urbano e Regional. Estudo agosto / 2002. ÍNDICE©2002 Câmara dos Deputados. Fonte: www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/Estudos/207730.pdf.

²⁶Fink, Daniel Roberto e Pereira, Márcio Silva. Op. Cit., p. 84.

Já para Guilherme José Purvin de Figueiredo²⁸ tal derrogação não teria ocorrido, pois seriam distintos os objetos de ambas as leis, uma vez que o bem tutelado pelo art. 4º da Lei nº 6.766, de 1979 seria a segurança da população, enquanto o art. 2º, letra “a”, do Código Florestal teve em mira a função ambiental das matas ciliares, a preservação dos recursos hídricos, a estabilidade geológica, o fluxo gênico.

A despeito das diversas interpretações evidenciadas, é incontestável que a lei sobre o parcelamento do solo não afasta a aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas, conclusão esta que foi reforçada com o veto do Presidente da República ao art. 64 do Projeto de Lei 2.109, de 1999, que deu origem à Lei nº 10.931, de 2004, que dispõe sobre o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, letras e cédulas de crédito imobiliário e dá outras providências.

Prevía o referido dispositivo que “na produção imobiliária, seja por incorporação ou parcelamento do solo, em áreas urbanas e de expansão urbana, não se aplicam os dispositivos da Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal)”. Assim, bastaria que uma área fosse declarada urbana por lei municipal para que ficasse imune à proteção dispensada às APPs pelo Código Florestal.

Depois de forte reação da sociedade civil e, ainda, seguindo Recomendação do Ministério do Meio Ambiente, através da Mensagem n. 461, de 02.08.2004, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva vetou o referido dispositivo, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, sendo, por mais este motivo, insustentável o entendimento de que o Código Florestal não se aplicaria às áreas urbanas.

IV – APP, DEMARCAÇÃO DAS FAIXAS MARGINAIS DE PROTEÇÃO E LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Aduz a requerente que à FEEMA não caberia se manifestar quanto às faixas marginais de proteção, sob o argumento de que estaria se imiscuindo na atribuição única e exclusiva da SERLA para sua demarcação.

Inicialmente, esclareça-se que faixa marginal de proteção (“FMP”) é espécie do gênero área de preservação permanente (“APP”), nos termos do art. 268, inciso III, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Registre-se que a atuação da FEEMA, no que diz respeito à aplicação do Código Florestal, não pode ser interpretada como uma usurpação de atribuição da SERLA para a demarcação de FMP, mas sim como uma forma de assegurar a legalidade do procedimento administrativo de licenciamento (art. 37, *caput*, CRFB), lembrando que o instituto da APP não diz respeito apenas aos recursos hídricos que constituem responsabilidade daquela Superintendência de Rios e Lagoas, mas também a outros recursos naturais que igualmente estão sujeitos à proteção por esta Fundação.

Vale acrescentar que, nos termos do art. 2º, inciso I, da Lei Complementar estadual nº 15/80, compete à Procuradoria Geral do Estado “oficiar obrigatoriamente no controle interno da legalidade do Poder Executivo”, motivo que reforça a possibilidade de controle da legalidade amplo (inclusive quanto à aplicação do Código Florestal) a ser exercido pela FEEMA, por meio desta ASJUR, nos procedimentos de licenciamento.

Passa-se a examinar a divergência que se estabeleceu sobre o tema (aplicabilidade do Código Florestal) entre a SERLA e a FEEMA.

²⁷MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. Ed. Malheiros, 5ª ed., 1995, p. 267.

²⁸FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Op. Cit., pp. 182 e 183.

Repita-se que não se questiona a competência única e exclusiva da SERLA para a demarcação das FMPs (Decreto Estadual nº 2.330, de 08.01.1979); no entanto, devem ser exigidas as previsões do Código Florestal para o licenciamento das atividades situadas às margens dos cursos d’água, independentemente de demarcações das FMPs em limites inferiores, a não ser que haja uma situação excepcional que afaste a incidência do Código Florestal a determinada hipótese, que deve ser devidamente fundamentada.

Não raros são os procedimentos de licenciamento ambiental em que os interessados resistem ao atendimento aos limites do Código Florestal para as áreas de preservação permanente constituídas pelas margens dos cursos d’água, justificando sua resistência com as demarcações das faixas marginais de proteção efetuadas pela SERLA, que até recentemente estabelecia limites bem inferiores aos 30 metros previstos na Lei nº 4.771, de 1965, com base nas disposições do Código de Águas de 1934.

É imperioso ressaltar que a redução desses limites não está ao sabor dos poderes executivos federal, estadual ou municipal, em desrespeito à legislação federal que dita regra geral, com respaldo no art. 24 da Constituição da República de 1988.

Sucedo, porém, que, até recentemente, a SERLA vinha demarcando as faixas marginais de proteção dos cursos d’água em limites bem inferiores à Lei nº 4.771, de 1965, somente admitindo a sua aplicação a partir do ano de 2003, depois da edição da Portaria SERLA nº 324, de 28 de agosto de 2003, “que define a base legal para estabelecimento da largura mínima da FMP e dá outras providências”.²⁹

Ressalte-se que, em seu art. 1º, a Portaria se restringe a reiterar os mesmos limites do art. 2º do Código Florestal para as margens dos cursos d’água e, em seu 2º e último artigo, dispõe sobre sua entrada em vigor na data de sua publicação.

Com base na citada portaria, manifestaram-se as Assessorias Jurídicas da SERLA e da então SEMADUR (Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano), hoje SEA, conforme pareceres constantes dos autos do procedimento no E-07/201.828/03 (fls. 128 e 129), cujos trechos abaixo se transcrevem:

“Em se tratando de adoção de regra para dimensionamento de Faixa Marginal de Proteção – FMP, até o mês de agosto de 2003, deve-se respeitar o critério determinado na Lei Estadual 650 de 1983, art. 3º, parágrafo único, como base normativa para tal ato. Assim sendo, somente com a publicação da Portaria 324, de

²⁹Assim dispõem os únicos dois dispositivos da referida portaria:

“Art. 1º - Estabelecer as larguras ao longo de qualquer curso de água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja: 1) – de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2) – de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3) – de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4) – de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5) – de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; 6) – ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais; (utilizar a largura mínima existente, 30 (trinta) metros do nível mais alto); 7) – 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; 8) – nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; - nas bordas de tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; Parágrafo Único – No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas, e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. Art. 2º - Esta Portaria entrará em vigor na data da publicação revogando-se as disposições em contrário.”

28.08.2003, é que se inicia o entendimento proposto pelo Código Florestal, Lei 4.771 de 1965...

Por este entendimento, resta esclarecer que em havendo alteração no dimensionamento da referida FMP, a qual se deu publicidade ao requerente, e considerando a vasta jurisprudência existente, tal fato ocasionaria uma desapropriação, o que não é visto por esta Fundação como via de solução, pois, conseqüentemente, incidiria em onerar o erário público.

Dessa forma, é o entendimento dessa Assessoria Jurídica não alterar a FMP já determinada, esclarecendo que em havendo entendimento contrário ou diverso, por outro órgão sejam tomadas as medidas interpretadas como devidas por eles, arcando assim, com as decorrentes expensas sobre os procedimentos jurídicos e indenizatórios cabíveis.” (grifo-se) (João Luiz Faria Neto Junior – Assessor Chefe – ASJUR / SERLA).”

“O Estado do Rio de Janeiro vinha adotando o critério determinado pela Lei Estadual 650 de 11.01.1983, qual seja a largura mínima de 15 metros quando o Ministério Público questionou sua legalidade face ao que determina o Código Florestal.

A rigor, o Código Florestal – norma geral, suspenderia a eficácia da lei estadual conforme preceitua o § 2º do art. 24 da Constituição Federal de 1988. *Sucedê que o entendimento anterior do Estado era pela aplicação da sua legislação por considerar inaplicável o Código Florestal na demarcação de rios, mas sim o Código de Águas.* Com efeito, esse diploma legal estabeleceu que os terrenos reservados (FMP) são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 (quinze) metros para a terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias...

Parece-me, deste modo, que *somente a partir da publicação da portaria SERLA precitada, o novo critério pode ser adotado, sob pena de ferir o princípio da segurança das relações jurídicas*”. (Dra. Anna Luiza Gayoso P. Paraíso – Procuradora do Estado – Assessora Jurídica Chefe da SEMADUR) (sem grifos no original).”

Em verdade, caso vingassem as interpretações acima destacadas, estar-se-ia diante de uma inusitada situação: portaria de uma fundação prevendo que, no Estado do Rio de Janeiro, o Código Florestal somente passaria a ser observado a partir de sua publicação, ou seja, 38 anos depois!!!?

Com o devido respeito, os limites do Código Florestal são aplicáveis desde a sua publicação e de suas respectivas alterações e, portanto, não dependem do advento de uma portaria da SERLA para que seja reconhecida sua vigência, sob pena de se fazer letra morta o princípio da legalidade consagrado pela Constituição da República.

E não se diga que o “princípio da segurança das relações jurídicas” teria o condão de afastar o princípio da legalidade (aplicação do Código Florestal). Muito pelo contrário: o princípio da legalidade é um princípio decorrente do próprio princípio da segurança jurídica. Pode-se afirmar, inclusive, que a legalidade talvez seja o mais importante princípio concretizador da segurança jurídica. Possibilitar ao cidadão saber de antemão o que pode e o que não pode fazer gera uma previsibilidade nos atos do Poder Público, conferindo uma maior segurança e estabilidade nas relações jurídicas.

Seria até possível vislumbrar que esses princípios entrem em rota de colisão, mas tão-somente diante de um caso concreto. Apenas uma situação excepcional poderia afastar a legalidade em decorrência da aplicação do princípio da segurança jurídica. Entretanto, isto não poderia ocorrer de forma abstrata, nem essa interpretação poderia ser aplicada indistintamente a todos os casos anteriores ao advento da Portaria SERLA nº 324, de 2003, tal como sustentado pelos ilustres Assessores-chefes da SERLA e da SEMADUR.

Ademais, ressalte-se que a própria Lei Estadual nº 650, de 1983 dispõe expressamente sobre a demarcação das FMP nos limites da definição do art. 2º da Lei nº 4.771, de 1965:

“Art. 3º - Consideram-se instrumentos de controle do sistema de proteção dos lagos e cursos d’água o Projeto de Alinhamento de Rio (PAR), o Projeto de Alinhamento de Orla de Lago (PAO) e a Faixa Marginal de Proteção (FMP).

Parágrafo Único - A Faixa Marginal de Proteção (FMP), nos limites da definição contida no art. 2º da Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965, será demarcada pela Superintendência Estadual de Rios e Lagoas - SERLA, obedecidos os princípios contidos no art. 1º do Decreto- Lei nº 134, de 16 de junho de 1975, e artigos 2º e 4º da Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981, na largura mínima estabelecida no art. 14 do Decreto nº 24643, de 10 de junho de 1934.” (grifou-se)

Assevere-se que a Lei estadual n.º 650/83 dispôs, em seu art. 2º, sobre o prazo de 6 (seis) meses (prorrogados por um ano a partir de 06 de junho de 1984, pela Lei nº 790, de 19.10.1984), para que a SERLA demarcasse as Faixas Marginais de Proteção – FMP dos lagos, lagoas e lagoas do Estado.

Ocorre que, conforme mencionado, tais demarcações vinham sendo realizadas até recentemente (até o advento da Portaria nº 324, de 28.08.2003), sem o reconhecimento da vigência do Código Florestal, cujo limite mínimo é de 30 metros de cada margem dos cursos d’água, tomando-se por base tão somente o que preconizava o Código de Águas (Decreto nº 24.643 de 1934).

Contudo, distintos são os objetivos dos diplomas legais que tratam da reserva das margens dos cursos d’água, sendo certo que não há que se falar em contradição entre os mesmos.

Com efeito, estabelecia o Código de Águas de 1934 servidões de trânsito para os agentes da administração pública, dentro da faixa de 10 metros nos terrenos localizados às margens de correntes não navegáveis ou flutuáveis, e, ainda, de 15 metros, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias dos terrenos banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés.

Tratava o Código de Águas do acesso dos servidores públicos a essas áreas. Entretanto, não apresentava como objetivo específico a manutenção da vegetação, com o fim de proteger os recursos hídricos, conforme dispõe o Código Florestal.

Não há que se falar em contradição entre os dispositivos, posto que versam sobre assuntos diversos e, ainda que tratassem da mesma matéria, inquestionável que, com a superveniência do Código Florestal em 1965, tais disposições do Código de Águas estariam revogadas.

Neste sentido, ao contrário dos argumentos em sentido oposto, até mesmo em cumprimento ao art. 3º da Lei nº 650/1983, que norteou as demarcações pela SERLA até recentemente, deveriam ter sido respeitados os limites do Código Florestal desde o seu advento, e não somente agora após a Portaria SERLA nº 324 de 2003.

Repise-se que não se questiona a competência daquela Superintendência para a

demarcação das FMPs dos cursos d'água do Estado do Rio de Janeiro; contudo, em razão da competência da FEEMA de fiscalizar a proteção de todos os demais recursos naturais resguardados pelas APPs, é que cabe a ela exigir o atendimento aos limites mínimos previstos no Código Florestal, nos licenciamentos ambientais, caso não haja nenhuma razão excepcional para afastar a sua aplicação no caso concreto (ex: perda de sua função ecológica, como se verá mais adiante).

É oportuno acrescentar que esta Fundação e seus servidores têm sido alvo de diversos inquéritos e ações civis públicas, em que se apuram intervenções (licenciadas ou não) em áreas de preservação permanente, em desrespeito ao Código Florestal.

Em vista do exposto, não se pode olvidar que cabe à FEEMA exigir o atendimento aos limites mínimos traçados pelo Código Florestal para as áreas de preservação permanente constituídas pelas margens dos rios.

V - DA NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL EM FMP/APP QUE TENHA PERDIDO A SUA FUNÇÃO ECOLÓGICA: INCONSTITUCIONALIDADE EM CONCRETO, POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E IGUALDADE

No caso, observa-se que se trata de curso d'água canalizado, cujas margens já foram objeto de intervenção antrópica há muitos anos, por obras efetuadas pelo próprio poder público, no processo de urbanização da região.

Ficou caracterizada a perda da função ecológica de ambas as margens do mencionado curso d'água, que inclusive contemplam duas vias públicas pavimentadas, não mais se verificando a impermeabilidade, tampouco a existência ou possibilidade do crescimento de qualquer vegetação que pudesse contribuir para a proteção do recurso hídrico, da paisagem, da biodiversidade, o fluxo gênico da flora ou fauna ou mesmo para atenuar a erosão da terra.

Não obstante tudo o que foi dito sobre a importância da aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas, registrou-se que a imposição da obrigação ao proprietário se justificaria na medida em que fosse possível resguardar as imprescindíveis funções ambientais exercidas pelas áreas de preservação permanente.

No caso em tela, diante das peculiaridades já relatadas pela área técnica, que são perfeitamente visíveis pela fotografia de fls. 53, caberia questionar se a imposição do limite mínimo de 30 metros previsto no Código Florestal repercutiria, de alguma forma, na reversão do quadro já evidenciado da perda da função ecológica da margem do curso d'água em comento.

Não se trata de admitir a interpretação quanto à não incidência do Código Florestal nas áreas urbanas, mas de se confrontar a sua aplicabilidade, no caso concreto, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis à hipótese.

Interessante o destaque de Plauto Faraco de Azevedo, quando afirma que “se há um lugar, onde por excelência, a ‘ciência jurídica dos conceitos’ mostra seus limites e inconveniências, este lugar é o direito ambiental. É impossível ver as normas ambientais como seres em si, sem confrontá-las com os fatos sociais a reclamar urgentes respostas”³⁰.

³⁰AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do Direito Ambiental – Reflexões sobre o seu sentido e aplicação. In BENJAMIN, Antonio Herman e MILARÉ, Edis (coord.). Revista de Direito Ambiental. N. 19. Ano 5. Julho-setembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 59.

Com efeito, evidenciam os presentes autos a necessidade de que o papel do intérprete não se restrinja à simples revelação das verdades abrigadas sob o comando geral e abstrato da lei,³¹ sob pena se afastar do verdadeiro sentido da existência do ordenamento jurídico, que “deve ser assimilado a partir do referencial axiológico fundado no primado da justiça, que por isso mesmo está sendo apontada como metassíntese do direito”.³²

Impõe-se, portanto, uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico, a fim de que se possa concluir se a aplicação do dispositivo do Código Florestal, na hipótese destes autos, coaduna-se com os princípios da constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade - especialmente no que se refere ao sub-princípio da adequação -, da proteção da confiança legítima e da igualdade.

Com efeito, uma vez evidenciada a perda da função ecológica da margem do curso d'água canalizado localizado próximo ao empreendimento, caberia perquirir se a regra inserta no art. 2º, alínea ‘a’, do Código Florestal seria aplicável ao caso em tela.

Sob o prisma do princípio da proporcionalidade³³, diz-se que um ato passa no teste do sub-princípio da adequação quando é apto a promover a finalidade para a qual foi criado. Se, no plano abstrato, uma norma não se prestar a promover a finalidade para a qual foi criada, ela será inconstitucional por violação ao princípio da proporcionalidade, mais especificamente do sub-princípio da adequação. Se tal ocorrer num caso concreto, tal norma não poderá incidir naquela situação específica, também por violação ao princípio da proporcionalidade, sem prejuízo de sua aplicação a outras situações em que não se manifestar a referida inconstitucionalidade. Diz-se, então, que a norma é *constitucional em abstrato*, mas *inconstitucional em concreto*. É que a sua aplicação a determinada situação específica revela-se inconstitucional, por contrariar a vontade da Constituição.³⁴

O art. 225, parágrafo 1º, inciso III, da CRFB sugere a finalidade da criação de espaços territoriais especialmente protegidos (que compreendem as APPs), ao prescrever que

³¹31 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In Barroso, Luís Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.

³²CUNHA, José Ricardo. A Justiça Diante da Lei na Razão Jurídica Contemporânea. Equidade, Razoabilidade e Proporcionalidade. In Maia, Antonio Carlos Cavalcanti; Melo, Carolina de Campos; Cittadino, Gisele; Pogrebinski, Thamy. (Org.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³³O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos ou legislativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade / vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.” (BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 38-39 – grifou-se).

³⁴Um exemplo serve para ilustrar o raciocínio. A lei 9494/97 proibiu a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Tal lei foi declarada constitucional, em abstrato, pelo Supremo

“é vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”. O sentido da norma constitucional é parcialmente preenchido pelo art. 1º, parágrafo 2º, inciso II, do Código Florestal, o qual reza que a APP tem “a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de flora e fauna, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”. Portanto, a APP apresenta essas funções ambientais.

É importante consignar que a regra inserta no art. 2º, alínea ‘a’, do Código Florestal é constitucional no plano abstrato, já que, na maioria das situações, é apta a promover a finalidade para a qual foi criada, qual seja assegurar a função ambiental dos recursos naturais.

Sucede, porém, que, em não havendo função ecológica a ser protegida e resguardada, a regra simplesmente perde a sua razão de ser. Em outras palavras, a incidência desta regra, na hipótese e em concreto, revela-se inconstitucional, por violação ao princípio da proporcionalidade (sub-princípio da adequação), eis que não é apta a promover a finalidade para a qual foi criada consistente na proteção dos recursos naturais e na manutenção de sua função ecológica.

Reconhece-se, portanto, a constitucionalidade da norma, mas constata-se que sua incidência no caso concreto produz resultado inconstitucional, sendo oportuno ressaltar que, mesmo em se tratando de regras (art. 2º, alínea “a”, e art. 1º, §2º, inciso II do Código Florestal) a doutrina moderna admite a ponderação.³⁵

Sobre a questão de a norma ser constitucional em abstrato, mas inconstitucional em concreto, convém citar a lição de Luís Roberto Barroso:

“Alguns dos exemplos acima envolveram a não aplicação de determinadas regras porque importariam em contrariedade a um princípio ou a um fim constitucional. Essa situação – aquela em que uma regra não é em si inconstitucional – começa a despertar interesse da doutrina. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das

consequências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha.”³⁶

“Assim, se um dado preceito produzir, *in concreto*, um efeito anti-isonômico ou atentatório à dignidade da pessoa humana, não deverá ser aplicado. A constatação da inconstitucionalidade do resultado de uma dada incidência não interfere com a validade geral da norma. [...] se em uma determinada situação o não deferimento da providência importar em perecimento de um direito fundamental – como o direito à vida, por exemplo –, o intérprete deverá negar aplicação à regra e prestigiar o princípio ou direito fundamental. Trata-se, assim, de uma hipótese especial de inconstitucionalidade, sem redução de texto ou pronúncia de invalidade da norma.”³⁷

Assim, não se pode negar que a aplicação da citada regra ao caso concreto configuraria medida inadequada e, portanto, destituída de proporcionalidade, além de injustificavelmente gravosa ao proprietário, sobretudo pelo fato de que em nada repercutiria sobre o quadro preexistente, de perda da função ambiental da margem do canal em virtude de intervenção realizada há anos pelo poder público.³⁸

Há, ainda, outros fundamentos que reforçam a tese da *inconstitucionalidade em concreto* da aludida regra do Código Florestal, quando se verificar que não há função ecológica a ser preservada pela aplicação do instituto da APP.

Como já se disse, a ausência de função ecológica de determinada APP faz com que a aplicação do Código Florestal ao caso seja despropositada, já que a norma perde a sua razão de ser. Se fosse exigido, ainda assim, a aplicação do Código Florestal ao caso, seria malferido também o princípio da razoabilidade, em seu sentido material.³⁹

De acordo com Humberto Ávila:

“a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude

Tribunal Federal, na ADC-MC nº 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. Contudo, a sua aplicação vem sendo afastada pelos Tribunais brasileiros naqueles casos concretos em que se postulam medicamentos a serem fornecidos pelo Estado. Então, trata-se de uma lei que é constitucional em abstrato, mas diante de algumas situações concretas, notadamente quando em jogo o direito à vida, sua aplicação revela-se inconstitucional. Veja-se decisão proferida pelo e.TJRS: “Processual Civil. Antecipação de Tutela. Proibição Contra A Fazenda Pública. Fornecimento de Medicamentos. Supremacia do Direito à Vida. 1. É Vedado Antecipar os Efeitos do Pedido Perante a Fazenda Pública, Consoante o Art.1 Da Lei N. 9.494, De 1997,

Proclamado Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e, Portanto, de Aplicação Obrigatória pelos Órgãos Judiciários. No Entanto, a Contraposição entre o Direito à Vida e o Direito Patrimonial da Fazenda Pública, Tutelado Naquela Forma, Se Resolve Em Favor Daquele, Nos Termos Do Art.196 Da Cf/88, Através Da Aplicação Do Princípio Da Proporcionalidade, Pois se Trata de Valor Supremo, Absoluto e Universal. Irrelevância da Irreversibilidade da Medida. Existência de Norma Local Assegurando Semelhante Prestação (Art.1 Da Lei N. 9.908/93). Eventual Sacrifício da Vida, em Nome de Interesses Pecuniários da Fazenda Pública, Conduziria o Órgão Judiciário a Contrariar o Direito e Praticar aqueles mesmos Erros, Recordados por Gustav Radbruch, Pelos quais os Juristas Alemães foram Universalmente Condenados. 2. Agravo de Instrumento Parcialmente Provido. (Agravo de Instrumento nº 598379444, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Araken de Assis, Julgado em 25/11/1998) (grifou-se)

³⁵Consulte-se, neste sentido, a excelente obra de ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª Ed.; São Paulo: Malheiros, 2004

³⁶BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In Barroso, Luís Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 375.

³⁷BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Op. Cit., p. 42.

³⁸Conforme destaque de Humberto Ávila, “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover um fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre o meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

³⁹Segundo Luís Roberto Barroso, é “razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em cada momento e lugar.” (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224)

de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal. (...)

No caso acima referido a regra geral, aplicável à generalidade dos casos, não foi considerada aplicável a um caso individual, em razão da sua anormalidade. Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. (...) Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral.

Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça “(preâmbulo” e art. 3º da Constituição Federal).⁴⁰

Sob o enfoque do princípio da razoabilidade, Guilherme José Purvin de Figueiredo, ao tratar da aplicação do Código Florestal em áreas urbanas consolidadas, também afasta a aplicação do Código Florestal nalguns casos:

“Seria, porém, rematado despropósito pretender a demolição da infra-estrutura urbana existente nessas áreas.

Não é necessário invocar a regra do direito adquirido para solucionar tais hipóteses, mesmo porque não existe direito adquirido a degradar o meio ambiente. Aplicando-se, porém, o princípio da *razoabilidade*, quando a reversão ao *status* original de APPs exigir a realização de obras de tal porte que acarretem significativo impacto ambiental e de vizinhança (art. 36 a 38 do Estatuto da Cidade: demolições, retirada de camada asfáltica, problemas de tráfego, poluição sonora e visual, dentre outros) e, ainda, naquelas em que o custo da recuperação seja despropositado, a mesma não deverá ser exigida.

A contrário senso, desde que os custos com a demolição de obras situadas em áreas de preservação permanente e o impacto ambiental pelas próprias obras sejam de pequena monta, se comparados com os benefícios trazidos pela revitalização da APP, a exigência de sua recuperação será pertinente. Tome-se, por exemplo, os casos de áreas de preservação permanente já inteiramente urbanizadas e degradadas, mas que, em períodos de chuvas, sofrem freqüentemente enchentes.”⁴¹

⁴⁰ÁVILA, Humberto, op. Cit., pp. 105 e 106.

⁴¹FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Op. Cit., pp. 183, 184.

Portanto, também por violação do princípio material da razoabilidade, revela-se inconstitucional a aplicação do art. 2º, “a”, do Código Florestal ao caso em análise, tendo em vista que a APP perdeu a sua função ecológica.

Demais disso, caberia também invocar o princípio da proteção da confiança legítima,⁴² desdobramento do princípio da segurança jurídica⁴³, uma vez que se verifica no local que toda a ocupação do entorno foi promovida no alinhamento seguido pelo projeto do empreendimento, evidenciando a adequação do uso e ocupação do espaço de acordo com o planejamento urbanístico proposto para a região. Tal fato inegavelmente gera uma legítima expectativa de que o mesmo alinhamento poderá ser adotado pela propriedade inserida no mesmo contexto, ensejando uma incontestável previsibilidade do comportamento da Administração.

Segundo Gustavo Binenbojm, a “segurança jurídica representa, como se sabe, uma das idéias mais caras do Estado de direito. Isto porque, para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é fundamental assegurar alguma estabilidade às relações jurídicas de que participam, o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confirmem previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à *proteção da confiança* e das *legítimas expectativas* nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública.”⁴⁴

Ademais, a consolidação da ocupação ao longo de toda a FMP/APP, conforme já evidenciado, somada à constatação da perda da função ambiental da margem do curso d’água, permitiria acolher o argumento da requerente quanto à incidência do princípio da isonomia, sendo certo que o indeferimento do pedido de licença, neste caso específico, significaria desigualar pessoas que se encontram em situações equivalentes, violando, portanto, o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, Constituição Federal).⁴⁵

Diante de todos os argumentos acima expostos, revela-se inconstitucional, no caso concreto, a norma do art. 2º, “a”, c/c art. 1º, III, da Lei 4.771, de 1965, posto que em desacordo com todos os princípios constitucionais e direitos fundamentais destacados.

⁴²“O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao Poder Público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;” (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). Constituição e segurança jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 85 a 129).

⁴³Luís Roberto Barroso assim se manifesta sobre a expressão segurança jurídica: “No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem: 1. a existência de instruções estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que poderão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.” (BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”. In Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 133)

⁴⁴BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 176 e 177

⁴⁵Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais (...)” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 30).

Alguns exemplos, dentre tantos outros existentes, servem para ilustrar o raciocínio. Sabe-se que prédios edificadas na Av. Presidente Vargas, na Av. Maracanã, no Jardim de Alah (Leblon/Ipanema) e na Rua Visconde de Albuquerque (Leblon), todos no Município do Rio de Janeiro, estão localizados em FMP/APP. Seria lícito sustentar a demolição de prédios e/ou a interdição de estabelecimentos comerciais e industriais por esta razão? Obviamente que não!

Evidentemente, cada um desses casos merece uma análise específica. Contudo, parece insustentável aplicar cegamente o Código Florestal nessas hipóteses, sem a consideração de outras razões, de princípios constitucionais, bem como dos direitos fundamentais em jogo.

A despeito de o art. 2º, alínea 'a', do Código Florestal não ser aplicável à hipótese, haja vista a sua *inconstitucionalidade em concreto*, não se pode esquecer dos direitos e princípios que legitimam o exercício de atividades econômicas por particulares, quais sejam o princípio da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, Constituição Federal), o direito ao exercício de atividades econômicas (art. 170 da Constituição Federal) e o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, Constituição Federal). Acrescente-se que é um dos objetivos fundamentais da República "garantir o desenvolvimento nacional" (art. 3º, inciso II, Constituição Federal).

Em resumo, a concessão de licença ao empreendimento em questão contribui para concretizar o princípio do desenvolvimento sustentável (art. 225, *caput*, e art. 170, VI, da Constituição Federal; princípios 1, 3, 4, 5, 8, 9, 12, 20, 21, 22, 24 e 27, da Declaração de princípios da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento/ Eco-92), na medida em que possibilita o desenvolvimento de atividade econômica de forma ecologicamente sustentável, visto que não há função ecológica a ser preservada relativamente à FMP/APP em questão, não havendo prejuízos ao meio ambiente.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- (i) as áreas de preservação permanente previstas pelo Código Florestal aplicam-se às áreas urbanas;
- (ii) à FEEMA compete exigir a aplicabilidade dos limites previstos no Código Florestal para proteção das margens dos rios, independentemente de demarcação das faixas marginais de proteção em limites inferiores promovidas pela SERLA;
- (iii) no caso específico dos autos, não deve ser exigido o atendimento ao limite mínimo previsto no Código Florestal para proteção da margem dos curso d'água, haja vista a constatação da perda de sua função ambiental;
- (iv) no caso concreto em exame, a aplicação do art. 2º, alínea "a", do Código Florestal – dispositivo que, em abstrato, é inegavelmente constitucional - afigura-se inconstitucional, por flagrante contrariedade aos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, da proteção da confiança legítima e da isonomia;
- (v) a licença de instalação pode ser concedida à requerente, já que não há óbices jurídicos a sua concessão;
- (vi) na hipótese de haver sido iniciada a implantação do empreendimento, conforme aparentemente se verifica pelas fotografias de fls. 51, 52, deve ser promovida a autuação da requerente, na forma da Lei no 3.467, de 2000.

É o parecer.

Encaminhe-se o presente à Procuradoria Geral do Estado, na forma dos artigos 6º e 7º do Decreto nº 40.500, de 1º de janeiro de 2007.

Rio de Janeiro, 20 de junho de 2007.

RAFAEL LIMADAUDT D'OLIVEIRA
Procurador do Estado
Chefe da Assessoria Jurídica da FEEMA

Senhor Subprocurador-Gera, Dr. Rodrigo Mascarenhas

Em resposta à consulta que lhe dirigiu a Diretora da DECON, a Assessoria Jurídica da Feema opinou no sentido da concessão da licença de instalação requerida por GAFISA em setembro de 2006 para um empreendimento residencial multifamiliar situado em área urbana de Niterói, às margens de curso d'água com menos de 10, m de largura, canalizado e tangenciado por vias pavimentadas (Canal Afluente da Margem Direita do Canal Ari Parreiras, que deságua na Praia de Icaraí), estando atingido por faixa marginal de proteção (FMP) demarcada pela Serla em outubro seguinte na extensão de 21,38 metros, a partir do eixo do canal, enquanto segundo o Código Florestal o limite mínimo da área de preservação ambiental às margens de rio daquela largura deveria ser de 30,00 de extensão (art. 2, a, 1).

Segundo o Dr. Rafael Daudt, ilustre Procurador do Estado na Chefia daquela AJ, as APPs do Código Florestal aplicam-se às áreas urbanas, competindo à Feema exigir a aplicabilidade dos limites previstos naquela legislação especial, para a proteção das margens de rios, independentemente da demarcação das FMPs pela Serla em limites inferiores. Todavia, conclui o parecerista que a constatação fática presente na espécie da perda da função ambiental da limitação administrativa implicaria na inconstitucionalidade em concreto da norma federal aplicável, acima mencionada, tal não isentando o empreendedor de autuação por eventual início da obras antes do licenciamento ambiental.

Tive oportunidade de examinar a questão da demarcação da faixa marginal de proteção através do Parecer 001-LELS/2006-PG-06, de 24.02.06, sendo que em momento algum partilhei do entendimento que me é atribuído pela Requerente quanto à inaplicabilidade do Código Florestal às áreas urbanas, o que se pode conferir da respectiva leitura (cópia em anexo).

Na verdade, no referido opinamento, que se limitou a enfrentar as modificações no trato da questão através da Portaria Serla 324/03, concluí que a FMP, como instrumento de controle do sistema de proteção de rios e lagoas (Siprol) constitui limitação administrativa elevada pela Carta Estadual à condição de área de preservação permanente, sendo *non aedificandi*.

Sucede que a faixa marginal de proteção tem em mira o corpo hídrico, sem que se negue a importante função que exerce em favor dele a eventual existência de matas ciliares no entorno. Todavia, a inexistência de qualquer vegetação no entorno do corpo hídrico não afasta a necessidade de demarcação da FMP, devendo observar-se nesse caso o limite mínimo dos terrenos reservados. Do mesmo modo, a existência de vegetação às margens do rio torna incidente o Código Florestal independentemente ser ou não urbano a área demarcada como FMP nos termos da Portaria 324/03 com empréstimo de

conceitos fixados pelo Código Florestal para demarcação da APP de que trata o art. 2, a,1.

Ou seja, embora a Portaria 324/03 haja adotado como parâmetro de demarcação da FMP e da APP de que trata o Código Florestal tendo como limite mínimo o dos terrenos reservados, a FMP e a APP coexistem sobre as áreas ao longo dos cursos d'água cada qual com sua finalidade específica, a saber, o corpo hídrico para a FMP e a mata ciliar ou outras formas de vegetação para a APP do Código Florestal, ambos devendo coincidir na extensão, observado o limite mínimo. A inexistência da mata ciliar ou de qualquer vegetação na margem do corpo hídrico torna inaplicável o Código Florestal sem que desapareça a FMP, como defluiria do entendimento proposto no Parecer DR 04/2007.

De conseguinte, desde que respeitada a área non aedificandi dos terrenos reservados, sou de opinião de que nada obsta a concessão do licenciamento ambiental à Requerente.

É como me parece, smj.

Rio de Janeiro, 16 de julho de 2007

LUÍZ EDUARDO LESSA SILVA
Procurador do Estado

VISTO

APROVO o Parecer RD n. 04/2007 da lavra do Procurador do Estado Rafael Lima Daudt D'oliveira, Chefe da Assessoria Jurídica da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente – FEEMA, encaminhado a este Gabinete na forma dos artigos 6º e 7º do Decreto n. 40.500, de 1º de janeiro de 2007, bem como a manifestação de fls. 140/142 do Procurador Assessor Luiz Eduardo Lessa Silva, tudo com as observações adicionais adiante expostas.

Conclui o Parecerista que “as áreas de preservação permanente prevista no Código Florestal aplicam-se às áreas urbanas” e que compete à FEEMA velar pelo respeito aos limites previstos no referido Código “para proteção dos rios, independentemente de demarcação das faixas marginais de proteção em limites inferiores”. Conclui ainda – abordando questão cuja extrema relevância transcende o licenciamento específico em questão – que, não obstante as conclusões anteriores, “no caso específico dos autos, não deve ser exigido o atendimento ao limite mínimo previsto no Código Florestal para proteção da margem do curso d'água, haja vista a constatação da perda de sua função ambiental” (grifamos). Em suma, entende o Parecerista que “a aplicação do art. 2º alínea “a” do Código Florestal – dispositivo que, em abstrato, é inegavelmente constitucional”, pode ser afastada “no caso concreto em exame” “por flagrante contrariedade aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, da proteção da confiança legítima e da isonomia”.

Por fim, o parecer veicula duas conclusões específicas (“v” e “vi”) sobre o caso concreto conclusões que, a rigor, sequer são objeto do presente visto, já que a remessa de processos de licenciamento ao Órgão Central do Sistema Jurídico só se justifica pela presença de questões de direito (e não de fato) que transcendem um licenciamento específico (o que é exatamente o caso das questões de direito tratadas no parecer).

Já a manifestação de fls. 140/142 conclui que, embora a demarcação da faixa marginal de proteção “FMP” tenha adotado como parâmetro os limites da área de proteção

permanente “APP” de que trata o Código Florestal, “tendo como limite mínimo o dos terrenos reservados, a FMP e a APP coexistem sobre as áreas ao longo dos cursos d'água cada qual com sua finalidade específica, a saber, o corpo hídrico para a FMP e a mata ciliar ou outras formas de vegetação para a APP do Código Florestal, ambos devendo coincidir na extensão, observando o limite mínimo. A inexistência da mata ciliar ou de qualquer vegetação na margem do corpo hídrico torna inaplicável o Código Florestal sem que desapareça a FMO, como defluiria do entendimento proposto no Parecer RD 04/2007.”

Duas observações devem acompanhar a aprovação do parecer e da r. manifestação. Em primeiro lugar o de que a conclusão a que chega o parecer quanto à possibilidade de declaração *in concreto* da inconstitucionalidade dos limites mínimos previstos no art. 2º “a” do Código Florestal, embora irretocável, deve ser vista e manejada com o máximo de cautela. Trata-se de conclusão que enfrenta com habilidade problema absolutamente corriqueiro nesta Cidade, no Estrado e no Brasil, e que se constitui em verdadeira *vexata quaestio* do direito ambiental, que é o da ocupação e uso das margens dos rios urbanos. Na verdade, se a conclusão em questão estivesse errada, só nos restaria a outra, segundo a qual não existe qualquer possibilidade de uso das áreas de preservação permanente em questão.

Se esta “alternativa” fosse verdadeira (e alguns ainda a defendem), só restaria ao Poder Público promover a imediata demolição das milhares de construções que, *algumas há décadas*, foram erguidas nestas áreas, com o que ocorreria a demolição de boa parte de bairros de dezenas de cidades Brasil afora. Aliás, se os exemplos de fls. 137 já não são suficientes, o que dizer dos não poucos rios que cortam, de forma *subterrânea*, a Cidade do Rio de Janeiro (resultantes de canalizações e aterros talvez construídos após o Código Florestal)?

Mas se o absurdo da situação torna inegável a necessidade de uma resposta do ordenamento jurídico, o manejo da exceção deve, insista-se, ser efetuado com o máximo de cautela. Desde já ressaltamos nossa firme oposição ao mero argumento do “fato consumado”. Ou seja, não basta a simples inexistência de vegetação ciliar para afastar a aplicação do art. 2º “a” do Código Florestal, sob pena de estimular infratores a desmatar para construir. Aliás, *a regra deve ser a de que, onde inexistir a mata ciliar esta deve ser replantada*. Para justificar o afastamento, *em cada caso concreto*, da aplicação dos limites mínimos do Código Florestal é preciso, *no mínimo*, a ocorrência cumulativa de diversos requisitos, conforme abordado no parecer em questão, dentre os quais destacamos: (a) a longa e consolidada ocupação urbana; (b) a manifesta e evidente inexistência de função ecológica da “APP” a ser desconsiderada e, *em especial*, que (c) a alternativa de recuperação da área como um todo seja inviável sem custos manifestamente excessivos (custos não necessariamente financeiros, na linha, por exemplo, da doutrina de Guilherme José Purvin de Figueiredo¹).

Note-se, ademais, que a legislação fluminense (adota com evidente competência constitucional para tanto – art. 24, VI, VII da Constituição Federal) expressamente admite, em mais de um dispositivo, a possibilidade de alguma utilização dos terrenos localizados nas margens dos rios (como se verá mais à frente, nem todo terreno localizado à margem de um rio se caracteriza como FMP), ainda que submeta tal uso a autorizações e restrições especiais. Com efeito, não só a Lei n. 650, de 11 de janeiro de 1983 (que criou a faixa marginal de proteção) permite tal uso (condicionando-o a autorização prévia) como a própria Lei da Política Estadual de Recursos Hídricos (Lei n. 3239/99) estabelece como uma das suas diretrizes (art. 4º, XIII), a “*utilização adequada das terras marginais dos rios, lagoas e lagoas estaduais*”²³. A existência de tais leis deve, no mínimo, servir

¹ Citado às fls. 135 deste processo.

como reforço adicional às conclusões a que chega o parecer objeto de presente visto.

Aliás, o fato do estado possuir competência constitucional para legislar sobre a matéria e a necessidade de dar à mesma maior segurança jurídica *recomenda que seus órgãos ambientais submetam à elevada apreciação do Chefe do Poder Executivo a conveniência de apresentação do projeto de lei tratando especificamente do uso dos terrenos localizados nas margens dos rios urbanos.*

A outra questão ventilada pelo parecer e objeto de especial atenção na manifestação de fls. 140/142 diz respeito à sobreposição entre dois institutos: a faixa marginal de proteção, criada pela Lei Estadual n. 650 e a APP prevista no art. 2º “a” do Código Florestal. Tais institutos, de origem distinta², foram se “aproximando” ao longo do tempo, a ponto da Carta Política Fluminense (art. 268, III), ter declarado que as faixas marginais de proteção são “áreas de preservação permanente”.

O Parecer em questão (embora esta questão não seja objeto de suas conclusões) entende (fls. 124) que a faixa marginal de proteção é espécie do gênero área de proteção permanente, invocando exatamente o já citado dispositivo da Constituição Estadual. Já a manifestação de fls. 140/142 entende que os institutos coexistem com finalidades específicas, conforme acima produzido.

Embora o conteúdo dos institutos tenha se aproximado entendemos que ainda existem distinções. Com efeito, a origem legal distinta, o objetivo *parcialmente* distinto dos institutos e sua administração por órgãos estaduais distintos, não nos parece configurar uma relação de gênero e espécie, embora a construção seja sedutora. De todo modo, a legislação estadual³ de recursos hídricos editada posteriormente à Constituição Fluminense menciona, mais de uma vez, o instituto da faixa marginal de proteção, o que – aliado à aprovação de lei específica (Lei 9.433, de 1997), instituindo a Política Nacional de Recursos Hídricos⁴ – colabora para a conclusão acerca da existência de distinção entre os institutos⁵.

² O art. 55, XII da mesma Lei estabelece como atribuição dos “Comitês de Bacia Hidrográfica” “implementar ações conjuntas com o organismo competente do Poder Executivo, visando a definição dos critérios de preservação e uso das faixas marginais de proteção de rios, lagoas e lagoas”.

³ Aliás, se qualquer uso de uma “APP” fosse inviável o transporte marítimo na Baía de Guanabara seria irregular, por força do art. 268, VII da Constituição Fluminense.

⁴ Note-se que, em sua origem, a largura mínima da FMP (art. 3º da Lei 650, por referência ao art. 14 do Código de águas) 15 metros, era maior do que a largura mínima estabelecida no Código Florestal, que era de 5 metros (limite válido para os rios de menos de 10 metros de largura, conforme redação original do Código, que só foi ampliada para 30 metros pela lei 7.511, de 1986). De todo modo, a relação do dispositivo em questão colabora com as dificuldades do trato da matéria ao usar a expressão “ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura...”

⁵ Lei n. 3.239/99 art. 40, V e art. 55, XII.

⁶ Note-se que o art. 3º, III dessa Lei estabelece como uma das “diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos” a “integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental”. Já o art. 4º, IV da lei 3.239, de 1999 estabelece como uma das “diretrizes da política Estadual de Recursos Hídricos” a “integração e harmonização, entre si, da política relativa aos recursos hídricos, com as de preservação e conservação ambientais, controle ambiental, recuperação de áreas degradadas e meteorologia”. Ou seja, trata-se de questões extremamente próximas, mas distintas.

⁷ Por outro lado, não nos parece que a FMP e a APP tenham finalidades tão distintas (como parece fazer crer a manifestação de fls. 140/142). Com efeito, embora a FMP tenha sido historicamente gerida pela SERLA com preocupações mais ligadas ao acesso e às condições do corpo hídrico do que com questões ambientais, o fato é que, do ponto de vista jurídico, a preocupação com “a preservação

Assim, embora a FMP também tenha por escopo a preservação ambiental, concordamos com a manifestação de fls. 140/142 no sentido de que os dois institutos continuam a coexistir. Deste modo, como bem salienta a r. manifestação, o eventual reconhecimento da inconstitucionalidade *in concreto* da APP do Código Florestal não afasta – *por si só* – a incidência da FMP. Aliás, mesmo que assim não fosse, ou seja, mesmo que inaplicável *in casu* a FMP, permanecerá a aplicabilidade do Código de Águas, *não pelo fato da Lei 650 a ele se remeter*, mas sim pela força normativa própria do referido Código.

No entanto, observamos que a exigência de que seja “respeitada a área *non aedificandi* dos terrenos reservados” (terrenos que, aliás, são de *propriedade* do Estado), só se aplica, por óbvio, se os terrenos forem efetivamente reservados, ou seja, se estiverem enquadrados na definição do art. 14 do Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 1934): “*os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias*”. Não se tratando de terrenos reservados há de se observar, na verdade, a servidão de trânsito da faixa de 10 metros, estabelecida pelo art. 12 do mesmo Código⁹¹⁰.

À Assessoria deste Gabinete para tirar cópia do parecer e deste visto, encaminhando-os à Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, para juntada no respectivo processo administrativo.

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2007.

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS
Subprocurador-Geral do Estado

do meio ambiente” já se encontrava ao lado da preocupação com a “utilização racional dos recursos naturais do estado” desde a edição da referida Lei 650 (vide seu art. 3º)

⁸ Para o conceito de rios “navegáveis” vide Nunes, Antônio de Pádua. Código de Águas, vol. I, 2ª edição. São Paulo RT, 1980, fls. 04 e SS.

⁹ O art. 12 tem a seguinte redação: “Art. 12. Sobre as margens das correntes a que se refere a última parte do n° 2 do artigo anterior, fica somente, e dentro apenas da faixa de 10 metros, estabelecida uma servidão de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução do serviço.” Já a referida “última parte do n° 2 do artigo anterior” tem a seguinte redação: “(...) correntes que, não sendo navegáveis nem fluviáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente fluviáveis, e não navegáveis”.

¹⁰ O próprio art. 6º da Lei 650, ao se referir a “obras e serviços (...) nos terrenos reservados, nas faixas de servidão de trânsito, ou nas faixas marginais de proteção (...)” evidencia a diferença entre os institutos.