

I. Introdução

1. O presente estudo visa a analisar a problemática relativa à caracterização das áreas de restinga como de preservação permanente, o que afeta grande parte da costa brasileira, haja vista a ocorrência deveras freqüente desse tipo de acidente geográfico e a interpretação, flagrantemente equivocada, promovida por parte dos órgãos ambientais e do Ministério Público, cujo teor acaba por alongar ilegitimamente os contornos traçados em lei.

2. Inicia-se o estudo com a delimitação do espectro de competência do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), sob o enfoque do princípio constitucional da legalidade. Em seguida, passa-se a confrontar as disposições legais sobre a restinga e as resoluções expedidas pelo CONAMA, em especial a de nº 303/02, analisando-se tudo sob o aporte constitucional. Nestas breves linhas, pretende o autor contribuir para o aprofundamento de temário tão relevante, enfrentando o assunto de modo sistemático, com olhos na principiologia constitucional, assaz das vezes posta à margem das discussões, especialmente por técnicos e ambientalistas.

II. Delimitação da competência normativa do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente)

3. O CONAMA foi instituído por meio da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. De conformidade com o inciso II do artigo 6º da referida Lei, o CONAMA constitui-se em órgão consultivo e deliberativo integrado ao Sistema Nacional do Meio Ambiente, imbuído do propósito de “assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes 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.” (grifo acrescido) Em seguida, o artigo 8º da mesma Lei enuncia a competência do CONAMA, em que se destaca o inciso VII, cuja redação atribui a ele “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais.” (grifo acrescido)

4. Percebe-se que a Lei nº 6.938/81 conferiu competência normativa ao CONAMA. A questão que se apresenta é a de estabelecer as medidas, os

limites dessa competência normativa, para o fim de harmonizá-la, sobretudo, à Constituição Federal de 1988.

5. Com efeito, a referida competência precisa ser compatível, por imperativo constitucional, com o princípio da legalidade. Isso significa que as resoluções expedidas pelo CONAMA servem apenas para explicitar a maneira como as leis devem ser cumpridas, estabelecendo conceitos e padrões técnicos para a perfeita consecução delas.

A propósito, o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal é em tudo e por tudo preciso ao prescrever que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Isso significa que é o legislador quem detém competência para criar primariamente obrigações. Noutro contexto, todos os órgãos da Administração Pública - entre os quais o CONAMA -, em tributo ao caput do artigo 37 da Constituição Federal, estão sujeitos ao princípio da legalidade, que impõe a eles fazerem somente o permitido em lei. Ou seja, o CONAMA atua abaixo da lei, dentro dos espaços concedidos por ela.

O ponto é que ao CONAMA, através de resoluções (meros atos administrativos), é vedado criar primariamente obrigações, inovando a ordem jurídica, estabelecendo restrições à propriedade privada não pressupostas em lei, como malgrado ele vem fazendo com frequência.

6. E não lhe é permitido, mesmo que lei pretensamente o autorize, dado que, por força do caput do artigo 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, “ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa.”

Em outras palavras: mesmo que o legislador, através da Lei nº 6.938/81, tivesse delegado competência legislativa ao CONAMA, ela já não se manteria válida, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e em obséquio ao sentido imperativo estampado no supracitado artigo 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. A partir da Constituição de 1988, o único modo para delegar competência legislativa é o de lei delegada, prevista no artigo 68 da Constituição Federal, que só pode ser endereçada ao Presidente da República, não ao CONAMA nem a qualquer outra autoridade ou órgão.

7. Para preservar a constitucionalidade dos aludidos dispositivos da Lei nº 6.938/81, é necessário interpretá-los de modo a imprimir à competência normativa outorgada em favor do CONAMA natureza meramente regulamentar, mormente porque, em caso contrário, os mesmos estariam revogados pelo artigo 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Trata-se de proceder à interpretação conforme a Constituição, no empenho de adequar as disposições da Lei nº 6.938/81 à Constituição de 1988, que repele, às expressas, regulamentos autônomos.

Em linha de síntese, é fundamental partir do pressuposto de que a competência normativa outorgada ao CONAMA, exercida através de suas resoluções, não o autoriza a criar primariamente obrigações, já que encerram apenas natureza regulamentar. A rigor jurídico, as resoluções do CONAMA estão abaixo da lei, servem apenas para dizer como elas devem ser cumpridas e operacionalizadas, especialmente no que tange a aspectos técnicos, sem que possa contrariar os dispositivos legais ou ir para além do preceituado neles. Apenas a lei pode estabelecer restrições à propriedade privada, jamais resoluções ou quaisquer outros atos administrativos, sejam eles de autoria do CONAMA, sejam de qualquer outro órgão ou entidade.

III. Restingas como áreas de preservação permanente

8. A alínea f do artigo 2º da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) é extremamente clara: "Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangue." (grifo acrescido)

9. Com o escopo de regulamentar o dispositivo supracitado, o CONAMA expediu a Resolução nº 04/85, cujo item 2 da alínea I do artigo 2º conceitua: "Restinga - acumulação arenosa litorânea, paralela à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzida por sedimentos transportados pelo mar, onde se encontram associações vegetais mistas características, comumente conhecidas 'vegetação de restinga'." Recentemente, a Resolução nº 303/02 do CONAMA revogou a supracitada Resolução 04/85, oferecendo nova definição de restinga, que, de resto, não parece se apartar substancialmente da antecessora. Dessa maneira, o inciso VIII do artigo 2º da Resolução nº 302/02 veicula o seguinte: "restinga: depósito arenoso paralelo a linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, também consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorre em mosaico, e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e abóreo, este último mais interiorizado."

10. Vê-se que, para o CONAMA - tanto na Resolução nº 04/85, quanto na Resolução 303/02 -, a restinga é espécie de acidente geográfico, encoberto por vegetação característica, apelidada de vegetação de restinga. Sob esse prisma, o CONAMA apartou, com precisão cartesiana, a restinga, que é espécie de acidente geográfico, da vegetação que existe sobre ela, apelidada, indevidamente, de vegetação de restinga. Talvez a grande novidade da Resolução 303/02 resida na pretensão de tecer algumas considerações em torno da vegetação que encobre a restinga, que, por dedução lógica, não se confunde com ela, isto é, não se confunde com a própria restinga (acidente geográfico).

Salta aos olhos que a denominada vegetação de restinga diz respeito à vegetação que costuma encobrir as áreas de restinga. Aliás, a expressão vegetação de restinga não é tecnicamente apropriada, dado que esse tipo de vegetação encobre outras áreas fora das de restinga, como rampa de dissipação, planícies marinhas etc. Isto é, esse tipo de vegetação foi apelidado de vegetação de restinga porque freqüentemente encobre restinga, no entanto, além dela, encobre outros tipos de acidentes geográficos.

Tanto isso é verdade, que a Resolução 303/02, acertadamente, não se refere à expressão vegetação de restinga. Em sentido oposto e com acuidade científica, a citada Resolução descreve algumas características da vegetação que encobre a restinga, deixando assentado, com isso, que as mesmas espécies podem existir e reproduzir-se em outros acidentes geográficos, sendo encontráveis, salta aos olhos, ao longo de toda a costa brasileira.

11. O fundamental é perceber que a alínea f do artigo 2º da Lei nº 4.771/65 protege apenas a vegetação que se situa sobre o acidente geográfico restinga. A Lei não protege a vegetação por si só. Ou seja, se a vegetação, que costuma encobrir restinga, encobrir outros tipos de acidentes geográficos, como planícies marinhas, rampas de dissipação etc., ela não é por si só protegida. Repita-se: pela dicção unívoca da alínea f do artigo 2º da Lei nº 4.771/65, a vegetação só é protegida se encobre o acidente geográfico restinga.

Ora, a vegetação que não encobre restinga não pode ser reputada como de preservação permanente. Se a vegetação encobre outros acidentes geográficos, tais como planícies marinhas ou rampas de dissipação, ela não se qualifica como de preservação permanente, ainda que apresente espécies que também costumam encobrir restingas. A Lei nº 4.771/65 não protege vegetação que encobre planície marinha, rampa de dissipação ou outros acidentes geográficos: ela protege somente a vegetação que encobre restinga. Essa conclusão é óbvia, deflui da singela leitura da alínea "f" do artigo 2º da Lei nº 4.771/65. Negá-la é o mesmo que negar a Lei!

Interpretação diversa, além de gritantemente contra legem, levaria ao incomensurável absurdo de se considerar área de preservação permanente praticamente toda a costa brasileira, haja vista que a vegetação que costuma encobrir a restinga se estende por toda a extensão dela. Interpretação desse naipe significaria proibir qualquer empreendimento turístico ou imobiliário ao longo de toda a costa brasileira.

12. Soma-se a isso o fato de que a vegetação de restinga somente é qualificada como de preservação permanente se prestante a fixar dunas ou a estabilizar mangues. Quer dizer que nem a vegetação situada na restinga é por si só merecedora da proteção legal. Só o será se evidenciada a funcionalidade dela em relação às dunas e aos mangues e, por obséquio ao princípio da proporcionalidade, na medida em que realmente for útil a tal propósito. Vegetação de restinga distante de área com dunas ou mangue não é de preservação permanente.

13. Em que pesem tais considerações – que são extremamente claras e lógicas – grande parte dos órgãos ambientais e dos representantes do Ministério Público vem considerando de preservação permanente áreas encobertas por vegetação típica de restinga, não importando se situadas efetivamente em restingas (acidente geográfico). Com base nessa leitura disparatada, criam obstáculos à utilização delas pelos seus legítimos proprietários e possuidores. Cumpre ressaltar que essa postura não encontra qualquer tipo de amparo na legislação nem nas resoluções do CONAMA.

14. Muitos dos defensores dessa tese – de que basta a vegetação típica de restinga para qualificar área como de preservação permanente, mesmo que ela não corresponda ao acidente geográfico restinga – se apegam, sobretudo, no inciso II do artigo 5º da Resolução 10/93 do CONAMA, cujo texto é o seguinte: “Restinga - vegetação que recebe influência marinha, presente ao longo do litoral brasileiro, também considerada comunidade edáfica, por depender mais da natureza do solo do que do clima. Ocorre em mosaico e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado.”

Em outras palavras, o CONAMA, nessa passagem, confundiu restinga, que é espécie de acidente geográfico, com a vegetação que a encobre. E o fato é que esse lapso passou a servir, indevidamente, de argumento aos defensores da tese que ora se refuta: a de que basta a presença de vegetação típica de restinga para reputar área de preservação permanente, ainda que o acidente geográfico não corresponda à restinga. Contudo, o inciso II do artigo 5º da Resolução nº 10/93, analisado a fundo, não se presta a esse tipo de argumento. Por ordem:

Em primeiro lugar, a Resolução 10/93 não se propõe a regulamentar a Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), que dispõe sobre as áreas de preservação permanente. Tal propósito foi o da Resolução 04/85 e, atualmente, é o da Resolução 303/02. A Resolução 10/93 pretende, na verdade, regulamentar o Decreto Federal nº 750/93, com o intuito de estabelecer parâmetros básicos para a análise dos estágios de sucessão da Mata Atlântica. Por isso é que a definição de restinga enfeixada na Resolução 10/93, referindo-se a aporte exclusivamente botânico, confunde restinga com vegetação típica de restinga. O CONAMA - com a Resolução 10/93 - não quis dizer o que se deve entender por restinga para avaliar áreas de preservação permanente; quis apenas definir o que se entende por vegetação de restinga, para o efeito de oferecer parâmetros aos órgãos ambientais na avaliação do grau de regeneração da mata porventura existente. O problema é que pessoas desavisadas ou de má-fé se valeram dessa definição como parâmetro para avaliar áreas de preservação permanente, isto é, se utilizaram dela para finalidade distinta daquela visada pelo CONAMA e consignada no próprio texto da aludida Resolução.

Em segundo lugar, ad argumentantum tantum, se a Resolução 10/93 do CONAMA pudesse ser utilizada para avaliar área de preservação permanente, o

conceito de restinga ofertado por ela iria para além do admitido pelo legislador, em virtude do que extravasaria os lindes da competência regulamentar, desenhando-se inconstitucional.

Reprisa-se que, por força da alínea f do artigo 2º da Lei nº 4.771/65, a área de preservação permanente diz respeito à vegetação que se situa em restinga, desde que fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues. Por corolário, como já assinalado acima, a vegetação não é protegida por si só. É necessário, para a Lei, que a vegetação típica de restinga se situe efetivamente sobre restinga, isto é, sobre o acidente geográfico restinga. Se a vegetação se situa noutra espécie de acidente geográfico, ela não é qualificada como de preservação permanente.

A questão consiste em que, ao utilizar a Resolução 10/93 do CONAMA para qualificar área de preservação permanente, se passa a equiparar o acidente geográfico restinga com a vegetação típica de restinga, o que revela equívoco flagrante, consequência não admitida pelo legislador. Quer-se, com isso, que área coberta por vegetação típica de restinga, mesmo que o acidente geográfico em que ela se situa não seja qualificado como restinga, seja reputada de preservação permanente. Se assim fosse, se estaria criando nova hipótese de área de preservação permanente: para a lei, a vegetação que se situa sobre o acidente geográfico restinga é de preservação permanente; para os partidários dessa corrente, outras áreas, que não sejam de restinga (acidente geográfico), se encobertas por vegetação típica de restinga, também seriam de preservação permanente.

Como visto, o CONAMA não reúne competência para criar áreas de preservação permanente, pois estaria tomando para si a função legislativa. Quem pode qualificar como área de preservação permanente uma planície marinha ou uma rampa de dissipação coberta por vegetação típica de restinga é o legislador, jamais o CONAMA. E o fato é que o legislador não assumiu tal postura; para ele a vegetação que se situa em restinga é de preservação permanente; jamais a que se situa em planície marinha ou em rampa de dissipação, ainda que as espécies nelas encontradas sejam as mesmas que se encontram numa restinga.

Mera Resolução não basta para qualificar área como de preservação permanente em hipótese não admitida pela lei. Insista-se que a competência regulamentar do CONAMA deve ser exercida sempre de acordo com os termos da lei e nos estritos limites deles, sem contrariar dispositivos legais ou ir para além das hipóteses neles prescritas. O CONAMA não agrega competência para criar nova hipótese de área de preservação permanente, pois, se o fizesse, estaria criando primariamente obrigações, restrição à propriedade privada, esfera reservada ao Legislativo.

Por ilação, a definição de restinga veiculada no inciso II do artigo 5º da Resolução nº 10/93 do CONAMA não pode servir de parâmetro para avaliar se uma área é ou não é de preservação permanente. O parâmetro a ser utilizado é o entabulado na Resolução nº 303/02 do mesmo CONAMA, que visa

expressamente a regulamentar a Lei nº 4.771/65 e que define restinga como espécie de acidente geográfico, de maneira compatível com o prescrito em Lei.

15. Acrescente-se que o CONAMA, ainda na Resolução nº 303/02, desta vez na alínea a do inciso IX do artigo 3º, à moda do que já vinha consignando noutras resoluções mais antigas, estabelece que “constitui Área de Preservação Permanente a área situada: nas restingas: em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha preamar máxima.” A fixação dessa metragem vem provocando caloroso debate entre os ambientalistas, porquanto impõe, por vezes, afastamento desproporcional e excessivo.

16. Antes de tecer outras considerações, convém frisar que o dispositivo em comento determina que se contem trezentos metros a partir da linha preamar máxima, sem estipular qual o período a ser levado em conta para apurá-la. É possível determinar a linha preamar em uma ou em várias lunações ao longo do tempo. Acontece que o CONAMA não consignou quantas lunações devem ser levadas em conta, nem, tampouco, com referência a qual período. Sem prever o período para se apurar a máxima e sem, tampouco, determinar o tempo de referência, é tecnicamente inviável fazer a medição e, em razão dela, delimitar a faixa de trezentos metros reputada de preservação permanente. >

É sabido que os terrenos de marinha contam-se a partir da linha preamar média de 1831. Evidentemente, não é essa a linha à que se refere a Resolução do CONAMA, que determina a contagem não da média, mas da máxima. Outrossim, o CONAMA não faz qualquer menção ao ano de 1831, pelo que, é claro, a linha utilizada por ele não se confunde com a utilizada para demarcar os terrenos de marinha.

A linha preamar máxima, do jeito como está posta na Resolução 303, parece, numa leitura apressada, que é variável. Numa lunação pode ser uma, noutra lunação já pode ser outra. Equivaleria a afirmar que as áreas de preservação permanente dependeriam da lunação. Se numa lunação a maré está alta, a área de preservação avança mais cinco ou dez metros; se noutra lunação a maré está baixa, recua. Interpretação desse quilate seria absurdo singular, até mesmo para o Direito brasileiro, já acostumado a extravagâncias.

Não resta outra alternativa afora a de obstar a eficácia da alínea a do inciso IX do artigo 3º da Resolução nº 303 do CONAMA, pelo menos até que nova Resolução esclareça que linha de preamar máxima é essa. Enquanto isso, em virtude da falta de parâmetro para contar os trezentos metros e da impossibilidade de se estipular a linha de modo aleatório e arbitrário, o que não se afaz ao Estado de Direito, é imperativo recusar efeitos ao dispositivo.

17. Em paralelo a isso, os debates se acirram em torno da (in)competência do CONAMA para determinar, de maneira abstrata, que as restingas se estendem por, no mínimo, trezentos metros. Saliente-se que a alínea f do artigo 2º da Lei nº 4.771/65 qualifica como de preservação permanente a vegetação que se situa nas restingas (acidente geográfico). Então, a título ilustrativo, por

dedução cartesiana, se a restinga (acidente geográfico) se estende por apenas cem metros, a área de preservação permanente é de apenas cem metros e não de trezentos metros, como quer o CONAMA. Não há o mínimo lastro de legitimidade para que o CONAMA, no exercício de competência regulamentar, estabeleça restrições acima das prescritas na Lei.

Como acentuado e reacentuado, a competência do CONAMA para expedir resoluções encontra-se abaixo da lei, nos estritos termos dela. Qualquer resolução do CONAMA que vá para além dos termos legais é inconstitucional. Não lhe cabe qualquer resquício de competência para criar primariamente restrição à propriedade privada. Essa competência é privativa do Legislativo, jamais de órgão administrativo, como é o caso do CONAMA.

18. De todo modo - mesmo que o CONAMA tivesse competência para fixar essa faixa de trezentos metros a contar da indefinida linha preamar máxima -, depreende-se violação aberta ao princípio da proporcionalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar o princípio, anota que "as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam." Adiante ressalta que, "quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público."

Na mesma linha, Juarez Freitas observa que "a violação à proporcionalidade ocorre quando, tendo dois valores legítimos a sopesar, o administrador prioriza um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro. Comum que haja sacrifícios na aplicação do Direito. No entanto, o erro está em realizar o sacrifício excessivo de um direito." Noutra passagem, o mesmo autor arremata: "O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Esta parece ser uma fórmula suficientemente esclarecedora acerca do princípio. Por todo exposto, fácil perceber que o princípio da proporcionalidade apresenta-se especialmente relevante por limitar e forçar a reconceituação do poder de polícia administrativa, de sorte a estabelecer firmes parâmetros ao seu exercício."

Ora, de acordo com a alínea f do artigo 2º da Lei nº 4.771/65, a vegetação que se situa na restinga é área de preservação permanente, desde que fixadora de dunas ou estabilizadora de mangue. A finalidade do dispositivo é proteger as dunas e os mangues, através da proteção das áreas de restinga, impondo restrição aos proprietários das mesmas, que, praticamente, ficam impedidos de auferirem delas utilidade ou benefício econômico. No entanto, a

restrição à propriedade abrange somente as áreas de efetiva restinga e somente no que for imprescindível para a fixação das dunas e estabilização dos mangues. Então, por exemplo, se a restinga se estende por vinte metros, é visivelmente atentatório ao princípio da proporcionalidade que as restrições próprias das áreas de preservação permanente se estendam por trezentos metros, porquanto se revela supérfluo, excessivo. Como visto, o princípio da proporcionalidade demanda que se sacrifique o mínimo de direitos. Por efeito disso, é solar que, se a restinga se estende por vinte metros, a área de preservação permanente não vá para além dessa medida.

Agregue-se que a postura do CONAMA em fixar, de maneira abstrata e de antemão, para todo o território, essa faixa de trezentos metros, é, no mínimo, perniciososa e imprudente, haja vista que desconsidera as diferenças geográficas que existem ao longo da costa brasileira. Sucede que, na região nordeste e norte, as faixas de restinga são alongadas: talvez grande parte delas se estendam por trezentos metros ou mais. Já no sul, as faixas de restinga são geralmente mais estreitas, limitando-se a poucos metros, pelo que a prescrição abstrata dos trezentos metros se entremostra abusiva, erguendo obstáculos ao desenvolvimento econômico da região.