

# Utilidade Pública e o Regime Jurídico das Áreas de Preservação Permanente do Entorno de Reservatórios de Usinas Hidrelétricas

## Public Utility and the Legal Regime of the Areas of Permanent Preservation of the Reservoir Environment of Hydroelectric Power Plants

Rômulo Silveira da Rocha Sampaio\*

### RESUMO

Dois legítimos interesses instrumentais à promoção dos direitos humanos: o acesso à energia, enquanto importante corolário da dignidade da pessoa humana, de um lado, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro, pela proteção da vegetação nativa do entorno dos reservatórios de usinas hidrelétricas. A harmonização desses direitos fundamentais passa por institutos jurídicos clássicos, pilares do Estado Democrático de Direito: a irretroatividade da lei, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. O desafio reside na compatibilização desses institutos com normas de flagrante interesse público em ambos os lados de um aparente conflito: geração, transmissão e distribuição de energia, de um lado, e normas de proteção ambiental de outro. Ao longo da vigência do Código Florestal de 1965, com as alterações promovidas em 2001, concessionários de energia se viram obrigados a cumprir com uma regra de proteção ambiental das Áreas de Preservação Permanente dos reservatórios não precificada quando da celebração dos contratos. Diversas disputas judiciais e extrajudiciais emergiram como decorrência ao longo da última década. O cenário de insegurança jurídica imperou. Com o advento da nova lei florestal (Lei 12.651/12), revogando o Código de 1965, tentou-se a criação de situação intermediária, de modo a privilegiar os clássicos institutos pilares do Estado Democrático de Direito e os necessários e fundamentais anseios de proteção ambiental. Essas regras de harmonização também passaram a ser atacadas. A insegurança jurídica ainda persiste. Dentro desse contexto, o presente artigo explora essa flagrante tensão e propõe ao debate uma interpretação pacificadora. Pretende-se, com isso, contribuir para a construção de um cenário de maior segurança jurídica que contribua para diminuir o enorme custo social decorrente da reinante indefinição doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria.

**Palavras-chave:** Meio ambiente. Energia. Usinas Hidrelétricas. Reservatórios. Áreas de Preservação Permanente. Código Florestal.

\* Possui doutorado em Direito Ambiental - Pace University (2009), mestrado em LL.M. em Direito Ambiental - Pace University (2006), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2005) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001). Atualmente é professor permanente do Mestrado em Direito da Regulação e graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e professor adjunto - Pace University de Nova York. Professor Visitante da Georgia State University College of Law em Atlanta. Lidera o Grupo de Pesquisa de Direito e Meio Ambiente do CNPq no âmbito da DIREITO RIO e ainda atua como coordenador do curso de especialização em Direito da Regulação Ambiental. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes áreas de sustentabilidade, governança ambiental, mudança climática e direito de águas. romulo.sampaio@fgv.br

## ABSTRACT

Two legitimate instrumental interests in the promotion of human rights: access to energy, as an important corollary of the dignity of the human person, on the one hand, and the ecologically balanced environment, on the other, for the protection of the native vegetation surrounding the reservoirs of hydroelectric power plants. The harmonization of these fundamental rights requires the conciliation of classic legal institutions, pillars of the Democratic State of Law: the non-retroactivity of the law, the perfect juridical act and the acquired right. The challenge is to reconcile these institutes with rules of public interest in apparent conflict: generation, transmission and distribution of energy, on the one hand, and environmental protection standards on the other. Throughout the validity of the 1965 Forest Code, with the changes promoted in 2001, energy concessionaires were obliged to comply with an environmental protection rule of the Permanent Preservation Areas of the reservoirs not priced when the contracts were concluded. Several judicial and extrajudicial disputes have emerged as a result over the last decade. There was legal uncertainty. With the advent of the new forest law (Law 12.651 / 12), repealing the 1965 Code, an attempt was made to create an intermediate situation. Legal uncertainty still persists. Within this context, this article explores this tension and proposes a pacifying interpretation. The intention is to contribute to the construction of a scenario of greater legal certainty that contributes to reduce the enormous social cost resulting from the reigning doctrinal and jurisprudential indefiniteness on the matter.

**Keywords:** Environment. Energy. Hydropower plants. Reservoirs. Areas of Permanent Preservation. Forestry Code.

## I. INTRODUÇÃO

A nova lei florestal (Lei 12.651/2012, ou simplesmente “LFlo/12”) alterou o regime jurídico até então vigente sob a égide do antigo Código Florestal (Lei 4.771/1965, ou simplesmente “CFlo/65”). Dois institutos pilares do antigo e do novo regime são as Áreas de Reserva Legal (“ARL”) e as Áreas de Preservação

Permanente (“APP”).<sup>1</sup> Esses institutos constituem-se como limitações administrativas<sup>2</sup> a uma vasta gama de áreas listadas pelos diplomas legais em referência (atualmente, pelos arts. 4º, 5º e 6º (APP) e 12 (ARL), todas da LFlo/12).

Para efeito da análise proposta pelo presente artigo, o escopo encontra-se delimitado pelo exame do regime jurídico das APP do entorno de reservatórios artificiais d’água. Desde a sua concepção em 1965 pelo antigo CFlo, o regime jurídico dessas áreas sofreu significativas mudanças. Por se constituírem em limitações administrativas, sempre foram objeto de intensos juízos de ponderação entre princípios como o do ato jurídico perfeito, direito adquirido e irretroatividade da lei, de um lado, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro. Para concessionários ou permissionários de energia hidrelétrica, essa tensão sempre fora uma constante.

A geração de energia a partir do aproveitamento da força das correntes de água dos rios ocupou papel de destaque na história do desenvolvimento econômico do país no último século. O enorme potencial hidroeenergético nacional ensejou políticas públicas de fomen-

1 Conceito legal de ARL no CFLO/65, art. 1º, inc. III: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.” Conceito legal de ARL na LFlo/12, art. 3º, inc. III: “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”. Conceito legal de APP no CFlo/65, art. 1º, inc. II: “área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.” Conceito legal de APP na LFlo/12 Art. 3º, inc. II: “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.”

2 Segundo Di Pietro, “*Ao contrário das limitações impostas no direito privado (normas referentes ao direito de vizinhança), que constituem objeto do direito civil e visam regulamentar os direitos e obrigações recíprocos dos particulares, as limitações administrativas, impostas no interesse público, constituem objeto do direito público, mais especificamente do Direito Administrativo, pois embora muitas das normas legais limitadoras de direitos individuais sejam de caráter constitucional, penal e eleitoral, é à Administração Pública que cabe o exercício dessa atividade de restrição do domínio privado, por meio do poder de polícia fundado na supremacia do interesse público sobre o particular.*” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 27ª ed., 2013, p. 138.

to à construção de usinas hidrelétricas (“UHE”) com formação de reservatórios para garantia da segurança energética.<sup>3</sup> Isso porque, ao contrário de outras fontes renováveis como solar e eólica, por exemplo, a geração de energia hidrelétrica é constante.

Ao formar reservatórios d’água artificiais, as extensas áreas do entorno ficaram submetidas ao regime de proteção das APP previsto tanto no CFlo/65 quanto na LFlo/12. As mudanças de regimes ao longo dos anos, contudo, fez surgir um fértil campo de debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o possível conflito de interesses divergentes. São esses conflitos relacionados ao regime de APP ao longo dos anos do entorno dos reservatórios artificiais d’água destinados à geração de energia que o presente artigo pretende se debruçar, a partir da utilização de uma metodologia de revisão bibliográfica. Espera-se poder contribuir para definição de uma diretriz interpretativa que minimize as tensões entre os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, pelo acesso à energia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela preservação da vegetação nativa do entorno dos reservatórios. Para tanto, o artigo inicia pelo resgate histórico dessas alterações e suas implicações jurídicas. Em seguida, há o exame específico dos institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da segurança jurídica nas concessões de exploração do potencial hidroenergético anteriores à 24/ago./01. O último capítulo dedica-se à análise da recomposição de APP em cumprimento de condicionante de licença ambiental sob a égide do regime do artigo 4º, § 6º do CFlo/65 c/c artigo 3º da Res. 302/02.

## 2. BREVE HISTÓRICO DAS SUCESSIVAS RESTRIÇÕES LEGAIS AO APROVEITAMENTO DO ENTORNO DE RESERVATÓRIOS DE HIDRELÉTRICAS

Em 1965 entrou em vigor a Lei Federal n. 4.771, que instituiu o Código Florestal e determinou:

3 Ver BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima. TINKER, Catherine. *The Water Giant Awakes: An Overview of Water Law in Brazil*. 83 Texas Law Review 2185, p. 2190: “The legal treatment of waters in Brazil can be organized into three distinct historical periods. The first—the Navigability Phase—ended with the enactment of the Water Code of 1934, at which point the second—the Hydroelectricity Phase—began. The third period—the Environmental Phase— started in the 1980s and 1990s, with the publication of the Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (National Environmental Policy Act) in 1981, the new Federal Constitution in 1988, and the Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (National Water Act) of 1997.”

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

(...)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais e artificiais.” (negritamos)

“Art. 3º. (...)

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

Em 1981, sobreveio a Lei Federal n. 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente<sup>4</sup> e “transformou” as florestas e demais formas de vegetação natural consideradas de preservação permanente por força do citado art. 2º do CFlo/65

“em Reservas ou Estações Ecológicas, sob a responsabilidade da SEMA [Secretaria Especial de Meio Ambiente, órgão federal que, por força da Lei n. 7.735/1989, veio a dar origem ao IBAMA - Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis].” (art. 18 da Lei n. 6.938/1981, negritamos).

Em 1985, a Resolução n. 004 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (“CONAMA”) reiterou que:

“são consideradas Reservas Ecológicas as formações florísticas e as áreas de florestas de preservação permanente mencionadas no art. 18 da Lei n. 6.938/1981” (art. 1º da Resolução n. 004/1985, negritamos).

No art. 3º, alínea (b), inc. II, a citada Resolução repetiu, uma vez mais, que:

“São Reservas Ecológicas: as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais” (negritamos).

Ainda no aludido art. 3º, alínea (b), inc. II, a Resolução CONAMA n. 4/85 delimitou, pela primeira vez a extensão mínima das citadas Reservas Ecológicas, em “100 (cem) metros para as represas hidrelétricas”, medidos “desde o seu nível mais alto, horizontalmente”.

Assim, diante da legislação em epígrafe, as áreas no entorno das hidrelétricas: (i) eram classificadas como Reservas ou Estações Ecológicas sob a responsabilidade do IBAMA, em uma extensão horizontal de 100

4 Sobre a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ver MACHADO. Paulo Affonso Leme. *A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: uma lei bem implantada*. -in- *Tópicos de Direito Ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. (SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio Augusto, orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 3-23.

metros medidos desde o nível mais alto do reservatório em direção às margens, contanto que contassem com florestas ou outras formas de vegetação natural; mas (ii) **não** contavam com a aludida proteção se desprovidas de vegetação nativa. **É o que se depreende do antes mencionado art. 18 da Lei n. 6.938/1981 c/c o art. 3º, alínea (b), inc. II, da Resolução CONAMA n. 4/85.**

Em maio de 2000 sobreveio a Medida Provisória n. 1.956-50. Trata-se de medida repetidamente reeditada sob o n. 2.166-67/01 e que alterou/acrescentou vários dispositivos ao Código Florestal para, entre outras medidas: (i) restabelecer o conceito de APP previsto nos arts. 2º e 3º do aludido Código, e revogar tacitamente, por conseguinte, o art. 18 da Lei n. 6.938/1981, que, como visto, havia transformado tais áreas em Reservas ou Estações Ecológicas (§ 2º, inc. II, acrescido ao art. 1º da Lei n. 4.771/1965). Logo adiante, em julho de 2000, o artigo 18 em questão veio a ser expressamente revogado pela Lei n. 9.985, que instituiu o Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza - SNUC; (ii) ampliar o alcance do conceito de APPs, para nele incluir, também, as áreas definidas nos arts. 2º e 3º do Código Florestal, ainda que não cobertas por vegetação nativa (§ 2º, inc. II, acrescido ao art. 1º da Lei n. 4.771/1965); e (iii) determinar que, *“na implantação de reservatório artificial, é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA”* (§ 6º acrescido ao art. 4º do Código Florestal).

No exercício, então, da competência que lhe foi assim atribuída pelo § 6º acrescido ao artigo 4º do **Código Florestal, como referido no item (iii)** acima, o CONAMA editou, em 2002, a Resolução n. 302, que

*“dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno”.*

Ao fixar tais parâmetros e regime de uso, a Resolução não restringiu o aproveitamento das áreas em questão às hipóteses de utilidade pública ou interesse social, como ocorre em relação às APP em geral, não situadas no entorno de reservatórios artificiais. Adicionalmente, a mencionada Resolução delimitou como APP a área de 30 metros dos reservatórios artificiais em área urbana consolidada e de 100 metros em área rural (art. 3º); determinou que esses limites podem ser ampliados ou reduzidos conforme estabelecido no licenciamento ambiental (art. 3º, § 1º); para reservatórios artificiais

destinados à geração de energia, determinou que o uso e ocupação da APP deve ser disciplinado no Plano Ambiental de Conservação e Uso do Entorno de Reservatório Artificial (art. 4º); e que tais disposições devem incidir *“inclusive sobre os processos de licenciamento ambiental em andamento.”* (art. 6º).

O regime jurídico completado pela Resolução CONAMA 302/02 desencadeou ações de setores do Ministério Público (“MP”) para forçar o cumprimento da metragem instituída pela referida resolução, mesmo para casos já aperfeiçoados sob a égide do regime anterior ou com regras mais específicas em processos de licenciamento ambiental. Setores do MP se recusavam a aceitar os efeitos do ato jurídico perfeito sob o argumento de que normas de ordem pública teriam eficácia imediata, a despeito de a geração de energia ser igualmente matéria de relevante interesse público.<sup>5</sup> Esse entendimento encontrara sustentação em decisão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) aludindo a inexistência a direito adquirido a regime jurídico revogado de menor proteção ambiental.<sup>6</sup>

5 Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público referendando a constitucionalidade da Resolução 302 do CONAMA: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - Construção de hotel em área de preservação permanente - Represa Jurumirim - Resolução CONAMA 302/02 - Faixa de preservação de 100m às margens das represas - Sentença Procedente - Competência municipal que fica vinculada e limitada às disposições das normas federais, inclusive Resoluções do CONAMA - Constitucionalidade da deliberação que fixou a faixa de 100 metros - Resolução (302/02) que apenas reforçou o que já havia sido deliberado na 04/85 - Necessidade de regulamentação do art. 2º do Código Florestal no que concerne às áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais e responsabilidades assumidas pelo Brasil nas Convenções da Biodiversidade, Ramsar e Washington, e nos compromissos derivados da Declaração do Rio de Janeiro - Resolução que trata expressamente de proteção aos recursos hídricos, que não estão sujeitos ao princípio da reserva legal - Cautelas estabelecidas que não podem ser vistas como uma violação ao direito de propriedade, que não se sobrepõe ao interesse público que emana do meio ambiente e nem restrição à competência legislativa municipal - Recurso desprovido. TJSP, Câmara Especial do Meio Ambiente. Apelação Cível n. 667.682.5/4. Rel. Des. Samuel Junior. J. 28/fev./2008, negritamos. *Ver também*. Manzano, Álvaro Lotufo; Valente, Bruno Araújo Soares; Coelho Júnior, Lauro; Mesquita, Marcel Brugnera; Almeida, Marco Antônio Delfino de; Lines, Rodrigo da Costa; Nobre, Thiago Lacerda. *O Novo Código Florestal e a Atuação do Ministério Público Federal*. Revista de Direito Ambiental | vol. 64/2011 | p. 265 - 363 | Out - Dez / 2011 | DTR\2011\4997.

6 AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MÍNIMO ECOLÓGICO. DEVER DE REFLORESTAMENTO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL de 1965. RE-

Para harmonizar o aludido conflito hermenêutico, a LFlo/12, em seu artigo 62, previu que

*“Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área*

**de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum”**

Com isso, o novo regime preservou o interesse público da norma ambiental em se proteger a área do entorno do reservatório, porém, com metragem diferenciada da estipulada para os contratos de concessão após a Medida Provisória de 2001. Para as áreas das concessões após 2001, a metragem das APP restou delimitada pelo artigo 5º da LFlo, que assim dispôs:

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

#### GRA DE TRANSIÇÃO.

1. Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até “da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente” (REsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse.

2. Pressupostos internos do direito de propriedade no Brasil, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal visam a assegurar o mínimo ecológico do imóvel, sob o manto da inafastável garantia constitucional dos “processos ecológicos essenciais” e da “diversidade biológica”. Componentes genéticos e inafastáveis, por se fundirem com o texto da Constituição, exteriorizam-se na forma de limitação administrativa, técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, adequá-las, condicioná-las, controlá-las e fiscalizá-las. Sem configurar desapossamento ou desapropriação indireta, a limitação administrativa opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*) e de suportar (*pati*), e caracteriza-se, normalmente, pela generalidade da previsão primária, interesse público, imperatividade, unilateralidade e gratuidade. Precedentes do STJ.

3. “A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*” (REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010), sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O “novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Precedentes” (REsp 926.750/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4.10.2007; em igual sentido, entre outros, REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 9.11.2006; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18.2.2011). Logo, a obrigação de reflorestamento com espécies nativas pode “ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito de boa-fé do adquirente ou de outro nexos causal que não o que se estabelece pela titularidade do domínio” (REsp 1.179.316/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.6.2010).

4. “O § 1º do art. 18 do Código Florestal quando dispôs que, ‘se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário’, apenas criou uma regra de transição para proprietários ou possuidores que, à época da criação da limitação administrativa, ainda possuíam culturas nessas áreas” (REsp 1237071/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.5.2011).

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 11/09/2012)

Com essas duas normas restaram compatibilizados o interesse público da proteção da APP do entorno dos reservatórios com o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a segurança jurídica dos contratos de concessão anteriores a 2001.<sup>7</sup> Por meio de parecer da Procuradoria Federal Especializada do IBAMA (“Parecer 076/13”), a autarquia recomenda que a nova legislação florestal seja apenas aplicada para os casos em que a APP das concessões anteriores a 24/ago./01 não tenham sido objeto de delimitação em processos de licenciamento. Ou seja, o órgão ambiental considerou que se a delimitação da APP em processo de licenciamento restou concluída ainda que após a aludida Medida Provisória, a regra aplicável não seria a do artigo 62 da LFlo/12, mas a do processo de licença ambiental como ato jurídico que ter-se-ia reputado como perfeito.<sup>8</sup>

7 Compartilham desse entendimento ARTIGAS, P. S. e ROSA, M. C. R. A., ao consignarem que “...o art. 62 do atual Código Florestal resolve esses impasses, na medida em que estabelece que ‘a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.’ Tal regra vai ao encontro dos interesses ambientais, sociais e econômicos. De fato, preserva o meio ambiente na medida em que estabelece a conservação do entorno de reservatórios artificiais; pacifica os conflitos sociais, pois tais áreas já são comumente consideradas ‘de segurança’ para os reservatórios artificiais, significando pouca ocupação residencial nas mesas; e evita a ruptura da estabilidade dos contratos administrativos de concessão pública, mantendo o valor das tarifas originariamente previstas.” ARTIGAS, Priscila Santos; ROSA, Maria Clara R. A. *Novo Código Florestal*. MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (coord.). São Paulo: RT, 2013, p. 452.

8 Ver Parecer 076/2013/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PFG/AGU, referente ao Processo Administrativo n. 02027.001556/2005-63. Assunto: Aplicação do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) à definição de faixa de Área de Preservação Perma-

### 3. O ATO JURÍDICO PERFEITO, O DIREITO ADQUIRIDO E A SEGURANÇA JURÍDICA NAS CONCESSÕES ANTERIORES À 24/AGO./01

Com a nova faixa de APP instituída pelo artigo 62 da Lei 12.651/12, volta-se ao argumento do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica.<sup>9</sup> Esse dispositivo traz embutida na norma, tal como o que protege as áreas do entorno dos reservatórios, natureza de ordem pública, pois que igualmente inserido na legislação florestal e atinente aos interesses de geração de energia. Por isso, inaplicável o argumento de que o direito adquirido não alcança interesse público. Tanto a proteção das APP dos reservatórios quanto a preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica das concessões anteriores à 2001 revestem-se de natureza de ordem pública.<sup>10</sup>

Questão diversa surge em relação a aplicação do artigo 62 da LFlo/12 às situações jurídicas aperfeiçoadas sob a égide do regime do CFlo/65, com as alterações pós 2001. Poder-se-ia suscitar a irretroatividade da lei para afastar a aplicação do artigo 62 da Lflo/12. Esta premissa está estampada no Parecer IBAMA 76/13, ao consignar, no parágrafo “22”, “...que o arcabouço legal exis-

---

nente – APP nos reservatórios artificiais de água.

<sup>9</sup> Sobre a importância da segurança jurídica, Hely Lopes Meirelles pontua que esse princípio “...é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo, segundo J. J. Gomes *Canotilho*, um dos subprincípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito. Para *Almiro do Couto e Silva*, um dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito’. *A Lei 9.784, acima referida, determina a obediência ao princípio da segurança jurídica. Como uma das consequências dessa determinação, ao tratar da interpretação da norma administrativa, essa lei veda textualmente a ‘aplicação retroativa de nova interpretação’ (inc. XIII, parte final, do parágrafo único do art. 2º). Aliás, a aplicação retroativa da nova interpretação seria contrária até mesmo ao princípio da moralidade administrativa.”* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 40ª ed., 2013, p. 104.

<sup>10</sup> E mesmo que este não fosse o caso, em linha com entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493, tendo como Relator o Ministro Moreira Alves, restou consignado que: “O disposto no art. 5º, XXXVI, da CF, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF.” RTJ 143/746.

*tente antes da publicação da Lei n. 12.651/12 deverá continuar a ser aplicado às situações configuradas durante sua vigência.”*

Contudo, o equívoco constante dessa premissa reside na falta de atenção para o fato de que a situação descrita no parágrafo acima coloca os reservatórios de hidrelétricas diante de dois regimes distintos sob a égide do mesmo diploma legal, qual seja, o CFlo/65: (i) um primeiro, anterior às alterações promovidas pela MP 2.166-67, de 24/ago./01; e (ii) um segundo, posterior às alterações promovidas pela mesma MP e que encontra seu termo final na publicação da Lei 12.651 em 25 de maio de 2012.

Para o primeiro período, a faixa de APP, conforme detalhado no capítulo “II” acima, era de 100m, contando que as áreas do entorno dos reservatórios contassem com florestas ou outras formas de vegetação natural; mas não contavam com a aludida proteção se desprovidas de vegetação nativa. Para o segundo período, ou seja, para concessões entre 2001 e 2012, a faixa de proteção dos reservatórios deveriam observar o limite de 30m, podendo variar para mais a depender da interpretação sobre a aplicabilidade ou não da Resolução CONAMA 302/02.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Sobre o debate doutrinário acerca da constitucionalidade da Resolução 302 do CONAMA, ver MAIA. Leonardo Castro. *Hidrelétricas e Espaços Protegidos no Novo Código Florestal*. Revista de Direito Ambiental | vol. 75/2014 | p. 215 - 244 | Jul - Set / 2014 | DTR\2014\9669. Atestando a constitucionalidade da aludida resolução, no sentido de representar legítimo exercício do poder de polícia, o STJ se posicionou nos seguintes julgados: “Recurso especial. Pedido de registro de loteamento às margens de hidrelétrica. Autorização da municipalidade. Impugnação oferecida pelo Ministério Público. Área de proteção ambiental. Res. Conama 4/1985. Interesse nacional. Superioridade das normas federais. No que tange à proteção ao meio ambiente, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município. Pelo contrário, é escusado afirmar que o interesse à proteção ao meio ambiente é de todos e de cada um dos habitantes do país e, certamente, de todo o mundo. Possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanentes existentes às margens dos lagos formados por hidrelétricas. Consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas as normas estaduais e municipais, nos termos do art. 24, VI e §§ 1.º e 4.º, da CF e do art. 6.º, IV e V, e §§ 1.º e 2.º, da Lei 6.938/1981. Uma vez concedida a autorização em desobediência às determinações legais, tal ato é passível de anulação pelo Judiciário e pela própria Administração Pública, porque dele não se originam direitos. A área de 100 metros em torno dos lagos formados por hidrelétricas, por força de lei, é considerada de preservação permanente e, como tal, caso não esteja coberta por floresta natural ou qualquer outra forma de vegetação natural, deve ser reforestada, nos termos do art. 18, *caput*, do Código Florestal. Qualquer discussão a respeito do eventual prejuízo sofrido pelos proprietários deve ser travada em ação própria, e jamais para gar-

Não se pode tratar de forma homogênea as concessões anteriores a 2012, como se submetidas estivessem ao mesmo regime jurídico do CFlo/65 independente se antes ou depois de 2001. Perceba-se que o próprio parecer do IBAMA reconhece o direito adquirido e o ato jurídico perfeito às concessões anteriores a 2001, ao atestar não ser permitida, “...a revisão, seja para mais, seja para menos, das desapropriações já realizadas ou em andamento de um empreendimento hidrelétrico que teve sua APP delimitada pelo órgão ambiental no passado.” (§ 36).

A delimitação pelo órgão ambiental da faixa de APP

antir o registro, sob pena de irreversível dano ambiental. Segundo as disposições da Lei 6.766/1979, ‘não será permitido o parcelamento do solo em áreas de preservação ecológica (...) (art. 3.º, V). Recurso especial provido’ (REsp 194.617/PR, 2.ª T., j. 16.04.2002, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 01.07.2002 p. 278); “Processual civil e direito ambiental – Art. 535 do CPC – Não ocorrência de omissão – Área de preservação ambiental – Edificação em área proibida – Interpretação das Leis 6.938/1981 e 4.771/65 – Poder regulamentar do Conama – Res. 302/2002 – Legalidade – Recurso especial provido em parte” (REsp 992.462/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 31.10.2008, DJ 17.11.2008); “Processual civil e direito ambiental. Recurso especial. Mandado de segurança. Obra embargada pelo Ibama, com fundamento na Res. do Conama 303/2002. Área de Preservação Permanente. Excesso regulamentar. Não ocorrência. Art. 2.º, f, do Código Florestal não violado. Local da área embargada. Pretensão de análise de matéria fático -probatória. Incidência da Súmula 7 do STJ. Recurso especial não conhecido. 1. O fundamento jurídico da impetração repousa na ilegalidade da Res. do Conama 303/2002, a qual não teria legitimidade jurídica para prever restrição ao direito de propriedade, como aquele que delimita como área de preservação permanente a faixa de 300 metros medidos a partir da linha de preamar máxima. 2. Pelo exame da legislação que regula a matéria (Leis 6.938/1981 e 4.771/1965), verifica-se que possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de áreas de Preservação Permanente, não havendo o que se falar em excesso regulamentar. 3. Assim, dentro do contexto fático delineado no acórdão recorrido, e, ainda, com fundamento no que dispõe a Lei 6.938/1981 e o art. 2.º, f, da Lei 4.771/1965, devidamente regulamentada pela Res. Conama 303/2002, é inafastável a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, no sentido de que os limites traçados pela norma regulamentadora para a construção em áreas de preservação ambiental devem ser obedecidos. 4. É incontroverso nos autos que as construções *sub judice* foram implementadas em área de restinga, bem como que a distância das edificações está em desacordo com a regulamentação da Res. Conama 303/2002. Para se aferir se o embargo à área em comento se deu apenas em razão de sua vegetação restinga ou se, além disso, visou à proteção da fixação de dunas e mangues, revela-se indispensável a reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula 7, desta Corte. 5. Recurso especial não conhecido” (REsp 994.881/SC, j. 16.12.2008, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 09.09.2009).

em processo de licenciamento é o fator determinante para análise contida no Parecer IBAMA 76/13, conforme pontuado no capítulo “II”, acima. Mas isso porque o parecer parte da premissa de que se houve fixação de faixa de APP em processo de licenciamento, esta definição ocorreu em atenção ao regime jurídico do Código Florestal de 1965 pós 2001. Mas não necessariamente.

**É possível que tenha havido fixação de faixa de APP em processo de licenciamento, mas esta definição não guarde relação com o regime jurídico do CFlo/65 pós 2001.** O compromisso assumido em processo de licenciamento para concessões anteriores a 24/ago./01 não tem o condão de afastar o ato jurídico perfeito, a segurança jurídica e o direito adquirido dos concessionários.

Se o direito adquirido das concessões anteriores a 24/ago./01 deve ser respeitado, a definição de faixa de APP em processos de licenciamento está vinculada ao poder discricionário (limitado, contudo) do órgão ambiental em dispor sobre medidas de compensação e mitigação de impactos ao meio ambiente.<sup>12</sup> Encontra, portanto, fundamento na própria licença ambiental e validade da obrigação limitada pelo termo final da respectiva licença, susceptível ou não à renovação a depender de questões técnicas e também jurídicas. No caso de APP de reservatórios de concessões anteriores a 2001, a questão jurídica limitadora do poder discricionário do órgão ambiental é o próprio artigo 62 da Lei 12.651/12.

A tese defendida pelo Parecer IBAMA 76/13 parte da premissa de que a regra do artigo 4º, § 6º do CFlo/65 c/c artigo 3º da Res. CONAMA 302/02 teria se aperfeiçoado sob a égide do ato jurídico perfeito e do direito adquirido para as concessões anteriores a 24/ago./01. E que essa premissa teria sido formalizada pelo licenciamento ambiental definidor da faixa de APP de reservatórios de UHEs anteriores àquela data. Por isso, a faixa

12 Sobre a limitação do poder discricionário do órgão ambiental em processos de licenciamento ambiental, ver AHMED, Flávio, para quem “...diante de um cenário cidadão, de legalidade, de respeito ao meio ambiente, verifica-se que, a par do direito de empreender e do dever de respeito ao meio ambiente, não se admite a latitude de vontade do administrador que deve, quando verificada lacuna, não só fundamentar, mas estreitar-se à lei, aos conceitos jurídicos que lhe são iminentes e/ou aos princípios, sob pena de afastar-se da legalidade, sempre atendo-se, por óbvio, à especificidade do bem ambiental protegida pela licença.” AHMED, Flávio. *Licenciamento: instrumento de proteção ambiental e de efetividade*. -in- *Tópicos de Direito Ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. (SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio Augusto, orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 312.

de APP definida pelo art. 62 da Lei 12.651/12, pela regra geral da irretroatividade e da intangibilidade do ato jurídico perfeito, não poderia ser aplicável aos casos em que a faixa fora delimitada pelo licenciamento com base na legislação do revogado CFlo/65.

Esta tese, contudo, não resiste às seguintes premissas: (i) as concessões anteriores à 24/ago./01 jamais estiveram submetidas ao regime previsto pelos artigos 4º, § 6º do Código Florestal de 1965 c/c 3º da Res. CONAMA 302/02, pois que se aperfeiçoaram sob a égide de regime jurídico diverso. Logo, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a segurança jurídica do regime anterior a 2001 lhes aproveitam. É o que reconhece o artigo 62 da Lei 12.651/12; (ii) ainda que diversa fosse a interpretação, o regime do artigo 4º, § 6º do CFlo/65 jamais chegou a ser aperfeiçoado. A estipulação de metragem, restringindo propriedade, não pode ser objeto de resolução do CONAMA. Apenas lei pode impor a restrição contida na Res. 302/02;<sup>13</sup> (iii) apesar da terminologia “licença ambiental”, este instrumento apresenta traços do instituto da “autorização” do Direito Administrativo.<sup>14</sup> Trata-se, portanto, de ato com relativo grau de precariedade pois que dependente da dinâmica do meio ambiente e, por isso, sujeito sempre a alterações.<sup>15</sup>

13 Sobre a controvérsia doutrinária em relação à constitucionalidade da Resolução CONAMA 302/02, ver síntese apresentada por Artigas, nos seguintes termos: “...em razão de o Conama ter imposto limites fixos para área de preservação permanente de reservatórios artificiais situados no meio rural e no ambiente urbano, passou-se a defender que tal diploma feriu o princípio da legalidade, estabelecendo obrigações que a lei não fez. Significa dizer que a Res. Conama 302/2002 seria absolutamente inconstitucional e ilegal nesse ponto, na medida em que tal Conselho extrapolou seus poderes consultivos e deliberativos, de ordem eminentemente técnica.” Em suporte ao seu argumento, a autora cita os seguintes doutrinadores: Édis Milaré, Paulo Affonso Leme Machado, Luis Carlos Silva de Moraes e Celso Antonio Bandeira de Mello. ARTIGAS, Priscila Santos. *Novo Código Florestal*. MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (coord.). São Paulo: RT, 2013, p. 169. Ainda sobre essa mesma controvérsia, ver também, RAMOS. Alessander Marcondes França. *Revista de Direito Privado* | vol. 38/2009 | p. 9 - 46 | Abr - Jun / 2009.

14 Sobre o tema, ver P. A. L. Machado: “Não há na ‘licença ambiental’ o caráter de ato administrativo definitivo;...”. MACHADO. P. A. L., *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 22ª edição, 2014.

15 “...distinções acadêmicas tradicionais como a polaridade discricionário x administrativo não se coadunam com a autonomia desse ramo [Direito Ambiental] do direito, nem muito menos com sua especificidade. Os atos praticados no procedimento de licenciamento ambiental que embora realizados pela administração não são investidos exclusivamente dos princípios do direito administrativo, mas do ambiental, devem ser vinculados, atendo-se sempre à Lei ou à sua hermenêutica. Quando dela se distanciam e houver caminho que aponte para maior proximidade do paradigma legal, deverá este último ser privilegiado, pois não se pode conceber iter diverso num estado democrático de direito alicerçado numa perspectiva participativa, legal e cidadã. AHMED, Flavio. -in- ob.

Em razão dessa característica, é expedida por prazo determinado. Tal como ela não vincula o órgão ambiental aos seus termos indefinidamente, não pode servir para vincular o licenciado a regra jurídica diversa da prevista em lei por prazo indeterminado.<sup>16</sup> Logo, ainda que não se admita a revisão dos seus termos para aplicação da legislação em vigor (artigo 62 da Lei 12.651/12), a sua renovação impõe-se seja realizada nos termos do regime jurídico vigente; e (iv) o ato jurídico é perfeito pelo termo de vigência da licença, não podendo ser estendido indefinidamente para além do seu termo final de validade, mormente quando contrário à legislação vigente.

Diante dessas considerações, em respeito às garantias constitucionais de irretroatividade das leis e intangibilidade do ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal),<sup>17</sup> dos quais se depreende, ainda, o princípio da segurança jurídica, o regime do artigo 4º, § 6º do Código Florestal de 1965 c/c artigo 3º da Res. CONAMA 302/02 somente se aplica a empreendimentos hidrelétricos objeto de licitação e contrato posteriores a sua entrada em vigor. Isso não quer dizer, contudo, que o regime não possa ser alterado, como de fato o fora pela referida Medida Provisória de 2001 e em seguida pela LFlo/12, considerando que o Supremo Tribunal Federal (“STF”) há muito sedimentou entendimento no sentido de não haver direito adquirido a regime jurídico.<sup>18</sup> Ao contrário, com base no “tríplice aspecto da estabilidade – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”<sup>19</sup> do qual decorre naturalmente a segurança jurídica, licitações e contratos pretéritos seriam atos jurídicos aperfeiçoados à luz da legislação vigente na época de sua celebração e, por isso, sujeitos às regras segundo as quais os concessionários aderiram.

cit. p. 313.

16 Nesse sentido, Bessa Antunes pontua que o “...o licenciamento a prazo tem a grande vantagem de evitar que se cristalizem situações nas quais os padrões de emissões e de lançamento de efluentes já tenham sido superados tecnologicamente e que possam ser substituídos por outros, inclusive sem prejuízo econômico para o empreendedor.” ANTUNES. Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Atlas. 14ª ed., 2012. p. 201.

17 Sobre papel da segurança nas relações jurídicas, José Afonso da Silva ressalta que uma “...importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.” SILVA. José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 31ª ed., 2007, p. 433

18 STF, AI 618.777, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3/ago./07.

19 Ver ERTHAL. Thiago Serpa. *Revisibilidade das Licenças Ambientais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 192;

Consequentemente, a citada legislação da época definiria as normas aptas para reger todos os efeitos futuros do negócio, até que extinta a concessão, sem que isso gerasse direito adquirido a regime jurídico.

Do contrário, haveria grave abalo à segurança jurídica, mediante oneração excessiva da concessionária, não considerada ao tempo da formulação da proposta vencedora do certame e subsequente contratação. Haveria grave violação ao artigo 6º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei Federal n. 4.657/42).<sup>20</sup> Esses dispositivos salvaguardam, portanto, de quaisquer inovações legislativas, os atos consumados sob o pálio da lei vigente ao tempo em que se efetuaram; e os direitos já exequíveis pelo titular antes do advento das inovações. Trata-se, justamente, do princípio da irretroatividade das leis, por força do qual a lei nova não colhe nem prejudica atos e direitos já consumados ou adquiridos.

A Constituição Federal igualmente protege o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, além da coisa julgada, ao determinar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (art. 5º, inc. XXXVI).<sup>21</sup> Daí a inconstitucionalidade que se poderia arguir diante de eventual pretensão administrativa de imputar a concessionárias contratadas antes da vigência do § 6º do artigo 4º do CFlo/65, a obrigação de adquirir/desapropriar imóveis às margens de seu reservatório, para cumprimento do aludido dispositivo. Afinal, cuida-se, na hipótese, de reservatório integrante de negócio cujo preço, cláusulas e condições não levaram em conta o referido ônus para a concessionária; e cuja localização e implantação foi regularmente aprovada conforme a legislação em vigor na época, sem qualquer exigência de aquisição de APPs.

20 Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º **Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.** § 2º **Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.”**

21 De acordo com Caio Mário da Silva Pereira: “A ideia de direito adquirido, tal como consignada na Lei de Introdução ao Código Civil, tem aplicação tanto no direito público quanto no direito privado. Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorre e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não pode ofender. (...) É atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública.” Instituições de Direito Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, pp. 107-109.

#### **4. RECOMPOSIÇÃO DE APP COMO CONDICIONANTE DE LICENÇA AMBIENTAL SOB A ÉGIDE DO ART. 4º, § 6º DO CFlo/65 c/c ART. 3º DA RES. 302/02**

Questão relevante na definição do regime jurídico aplicável à APP do entorno de reservatórios de hidrelétrica surge da eventualidade de a área ter sido recomposta em cumprimento de condicionante de licença, mas de acordo (ou coincidente) com a regra contida no artigo 4º, § 6º do CFlo/65 c/c artigo 3º da Res. 302/02. O fato de os efeitos do ato administrativo terem sido concretizados na prática pode apresentar repercussão jurídica sensivelmente diversa. O ato consistente na licença ambiental pode ter se aperfeiçoado, tornando-se um ato jurídico perfeito, mas as condições nele previstas estão vinculadas, repita-se à validade da licença diante do direito adquirido das concessões anteriores a 2001 pelos motivos expostos acima. Com o advento do artigo 62 da Lei 12.651/12, o aludido direito adquirido anterior a 2001 fica resolvido, mas é possível que o ato jurídico posterior a 2001 possa ter tido os seus efeitos totalmente implementados (no caso em tela, a recomposição total da faixa de APP definida no licenciamento).

Se este for o caso, o concessionário não perde o seu direito de questionamento da faixa de APP para adequá-la ao artigo 62 da Lei 12.651/12. No entanto, questões de ordem técnica (devidamente fundamentadas) podem indicar prejuízo coletivo injustificado para readequação da faixa de APP à aludida regra da LFlo/12. Nesses casos, havendo forte embasamento técnico acerca de prejuízos que possam resultar da readequação (com supressão de APP), pode haver inevitável reflexo em normas jurídicas de ordem pública a tornar ilegítima a alteração pleiteada.

Diante desse cenário, apenas a análise do caso concreto poderá determinar a viabilidade ou não da aludida readequação. E se o entendimento técnico negar a aludida readequação à luz da legislação vigente, atrai para o órgão público competente o respectivo dever de fundamentação. Apenas desincumbindo-se deste dever seria possível, em tese, afastar a aplicação do artigo 62 da Lei 12.651/12 para os casos em que, durante a vigência da licença ambiental, produziu-se o efeito da condicionante dispondo sobre faixa de APP.

Se, pelo contrário, o efeito do ato administrativo ainda estiver pendente, a justificativa técnica fica preju-

dicada em relação à justificativa jurídica decorrente da aplicação da regra do artigo 62 da Lei 12.651/12. O ato jurídico pode ser perfeito e ter efeitos pendentes mesmo para o período posterior à sua vigência. Mas a existência de regra específica que reestabelece o direito adquirido anterior ao ato jurídico perfeito prevalece como justificativa jurídica suficiente o bastante para não afastar a sua aplicabilidade às concessões anteriores a 2001.

Não se olvida, contudo, que a definição de faixa de APP em processos de licenciamento para concessões anteriores a 2001 em observância às regras posteriores a 2001, enfraquece juridicamente as chances de o concessionário ter reconhecido o aludido direito adquirido. Nessas circunstâncias, afastar a obrigação de adquirir as APPs no entorno de reservatórios ainda se afiguraria possível, contanto que a concessionária viesse a assegurar a recomposição das aludidas áreas que permanecessem no domínio de terceiros, mediante contratos firmados com os respectivos proprietários.

Por outro lado, insistir no afastamento da obrigação de recompôr as APPs, não importa se em imóvel próprio ou de terceiros, já se revelaria muito mais difícil, por se tratar de compromisso espontaneamente assumido pela concessionária, possivelmente decisivo para o licenciamento da UHE, na condição de medida mitigadora ou compensatória de impactos ambientais do empreendimento.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A faixa de APP prevista no artigo 62 da Lei 12.651/12 deve ser plenamente aplicável ao reservatórios de concessões de energia hidrelétrica anteriores a 24/ago./01. Normas de ordem pública também estão sujeitas ao princípio da irretroatividade da lei. O regime jurídico pós 2001 não pode retroagir para alcançar direito adquirido e ato jurídico perfeito anterior a 2001.

O regime do artigo 4º, § 6º do CFlo/65 c/c artigo 3º da Resolução CONAMA 302/02 (desde que reputasse válida a tese de constitucionalidade desta resolução) e atualmente o regime previsto pelo artigo 5º da Lei 12.651/12, restringem-se às concessões posteriores a 2001. A definição de faixa de APP em processos de licenciamento de concessões anteriores a 2001 não é suficiente para afastar a aplicação do artigo 62 da Lei 12.651/12, em que pese a existência de tese em contrário.

Salvo por motivo técnico devidamente justificado pela concretização do efeito do ato administrativo (e.g. recuperação total da faixa de APP prevista no licenciamento), ao término da vigência da licença de operação, reputa-se juridicamente possível a aplicação da regra do artigo 62 da Lei 12.651/12. Se questões técnicas permitirem, não há óbice em requisitar revisão de definição de faixa de APP em processos de licenciamento de concessões anteriores a 2001.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHMED, Flavio. *Licenciamento: instrumento de proteção ambiental e de efetividade*. -in- *Tópicos de Direito Ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. (SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio Augusto, orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANTUNES. Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Atlas, 14ª ed., 2012.

ARTIGAS, Priscila Santos. *Novo Código Florestal*. MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (coord.). São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_; ROSA, Maria Clara R. A. *Novo Código Florestal*. MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (coord.). São Paulo: RT, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima. TINKER, Catherine. *The Water Giant Awakes: An Overview of Water Law in Brazil*. 83 Texas Law Review 2185.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 27ª ed., 2013.

ERTHAL. Thiago Serpa. *Revisibilidade das Licenças Ambientais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. *A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: uma lei bem implantada*. -in- *Tópicos de Direito Ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. (SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio Augusto, orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_, *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 22ª edição, 2014.

MAIA. Leonardo Castro. *Hidrelétricas e Espaços Protegi-*

*dos no Novo Código Florestal*. Revista de Direito Ambiental | vol. 75/2014 | p. 215 - 244 | Jul - Set / 2014 | DTR\2014\9669.

Manzano, Álvaro Lotufo; Valente, Bruno Araújo Soares; Coelho Júnior, Lauro; Mesquita, Marcel Brugnera; Almeida, Marco Antônio Delfino de; Lines, Rodrigo da Costa; Nobre, Thiago Lacerda. *O Novo Código Florestal e a Atuação do Ministério Público Federal*. Revista de Direito Ambiental | vol. 64/2011 | p. 265 - 363 | Out - Dez / 2011 | DTR\2011\4997.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 40ª ed., 2013.

Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 29ª ed., 2016.

RAMOS. Alessander Marcondes França. Revista de Direito Privado | vol. 38/2009 | p. 9 - 46 | Abr - Jun / 2009.

SILVA. José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 31ª ed., 2007.