

**PARECER FLORESTAL
ASJUR N.º 027/2021
EDOCS 2021-W7LRBL**

Petruska Canal Freitas

A GELCOF,

Trata-se de consulta realizada pela Subgerência de Licenciamento Ambiental a respeito da interpretação que se deve dar ao §4º do art. 4º da Lei 12.651/12, se deve haver exigência ou não de área de preservação permanente ao redor de reservatório de corpo hídrico com menos de um hectare.

Com precisão, a SLAM descreve a consequência prática desde a vigência da referida Lei, a respeito do aumento significativo do número de barragens inferiores a 1 ha, justamente em decorrência do interesse na dispensa do dever de recuperação da área de preservação permanente ao redor do corpo hídrico.

Na nota técnica, argumenta-se que havendo represamento de curso d'água, aplica-se a regra para barragens e reservatórios artificiais, e não a regra de curso d'água, trazendo como consequência a dispensa de formação de APP em acumulação inferior a 1 hectare.

Exemplifica com a regra de APP do manguezal, que será toda sua extensão, independentemente da metragem do rio ou se houver reservatório inferior a um hectare e conclui não haver contradição entre as normas, mas sua coexistência.

Após lançar seus argumentos a respeito da aplicabilidade da dispensa de APP para reservatórios artificiais inferiores a 1 ha, lança os seguintes questionamentos:

- I) Qual o entendimento da assessoria jurídica sobre a análise e entendimento da Slam na presente Nota Técnica?
- II) Em caso de concordância com esta nota:
 - a. Quais implicações para uma atividade construída na APP original do curso d'água, objeto de autuação e embargo, onde se construiu ou se pretende construir uma barragem menor que 1 ha para descaracterizar a APP anteriormente existente e assim regularizar a atividade?
 - a. A dispensadas de faixa de proteção poderia viabilizar atividades não agrossilvopastoris no entorno do reservatório?
 - b. Como correlacionar a dispensa de reserva de faixa de proteção com a recomposição obrigatória “ao longo de cursos d'água naturais” prevista no art. 61-A do Código Florestal?
 - c. Barragens menores que 1 ha instaladas anteriormente à publicação da Lei nº 12.651/2012 também estariam dispensadas da faixa de proteção?

A Gerência de Controle Florestal, por sua vez, sustenta que a faixa de APP no entorno do curso hídrico não pode ser dispensada, ainda que seja construída uma barragem menor que 1 ha e encaminha proposta de normatização elaborada em 2018 que objetivava regulamentar as APPs de barragens no Estado.

Serão tomados como base para o presente parecer o julgamento de constitucionalidade pelo STF da Lei 12.651/12 e uma visão sistêmica das regras excepcionais de intervenção nos recursos naturais, previstas na legislação ambiental.

Para isso, é sempre importante registrar que as exceções são construídas de maneira a atender determinadas particularidades e assim, além de expressas, devem ser interpretadas restritivamente. Conforme a hermenêutica jurídica, não se deve generalizar determinada exceção estabelecida pela lei e com base em tal premissa deve ser interpretado o §4º do art. 4º da Lei 12.651/12.

E qual é a regra geral? A primeira fonte de consulta deve ser a Constituição Federal, que estabeleceu como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a previsão de que apenas a lei poderá alterar ou suprimir determinado espaço territorial especialmente protegido e sem que isso comprometa os atributos que justifiquem sua proteção (art. 225, *caput* e §1º, III).

Áreas de preservação permanente são espaços territoriais especialmente protegidos, “cobertos 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” (art. 3º, II, Lei 12.651/12).

Ao estabelecer o regime jurídico de proteção das áreas de preservação permanente, a Lei 12.651/12 também traz inúmeras exceções, que como dito, devem ser interpretadas restritivamente. Confira-se:

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

I – as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: a) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

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

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

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

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

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

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

III – as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

(...)

§ 4º Nas acumulações naturais ou artificiais de água com superfície inferior a 1 (um) hectare, fica dispensada a reserva da faixa de proteção prevista nos incisos II e III do caput, vedada nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

Os incisos trazem as regras de proteção e os parágrafos (assim como artigos posteriores) trazem exceções. Questionada a constitucionalidade da diminuição de proteção das APPs com a vigência da Lei 12.651, o Supremo Tribunal Federal, especificamente sobre o §4º do art. 4º considerou que:

“Igualmente não se observa inconstitucionalidade pelo não estabelecimento de áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais que não decorram de barramento de cursos d'água naturais e de reservatórios naturais ou artificiais com superfície de até um hectare. Aqui, uma vez mais, é de ser respeitado o espaço de atuação do legislador, que estabeleceu parâmetros razoáveis para a configuração desta forma específica de espaços territoriais especialmente protegidos. Inclusive, no que diz respeito aos reservatórios

com superfície não excedente de um hectare, vedou-se ‘nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA’. Em suma, não há elementos para que esta Egrégia Corte afirme decorrer da Constituição a qualificação de áreas de preservação permanente para todo e qualquer reservatório, independente do tamanho ou de eventual formação artificial”. (item 5 do acórdão da ADC 42 e ADI 4903, p. 84 e ss)

Ao que parece, considerou a impossibilidade de supressão de vegetação como uma das justificativas de escolha do legislador para a diminuição da proteção. Assim, a dispensa da reserva de faixa de proteção para as acumulações naturais e artificiais de água ocorrerá quando houver lagoa ou reservatório artificial com superfície inferior a 1 hectare.

Tal dispensa, entretanto, não deve ser reconhecida indistintamente para todas as acumulações artificiais de água inferiores a 1 hectare. Dois aspectos são essenciais para análise prévia: (i) a localização e (ii) a regularidade da acumulação de água inferior a um ha.

DA LOCALIZAÇÃO DA ACUMULAÇÃO DE ÁGUA INFERIOR A UM HECTARE

A localização da acumulação de água é essencial para que seja reconhecida a dispensa da APP, se resultar, ou não, na perda da identidade do curso d’água. Conforme o entendimento exposto pela Gerência de Controle Florestal, não há dispensa da APP de curso d’água, prevista no inciso I do art. 3º da Lei 12.651. A dispensa ocorre apenas para as hipóteses do inciso II e III, que se referem a lagoas e reservatórios artificiais.

Assim, a aplicação do §4º do art. 4º, com a consequente dispensa de faixa de APP, deve ocorrer quando houver a descaracterização

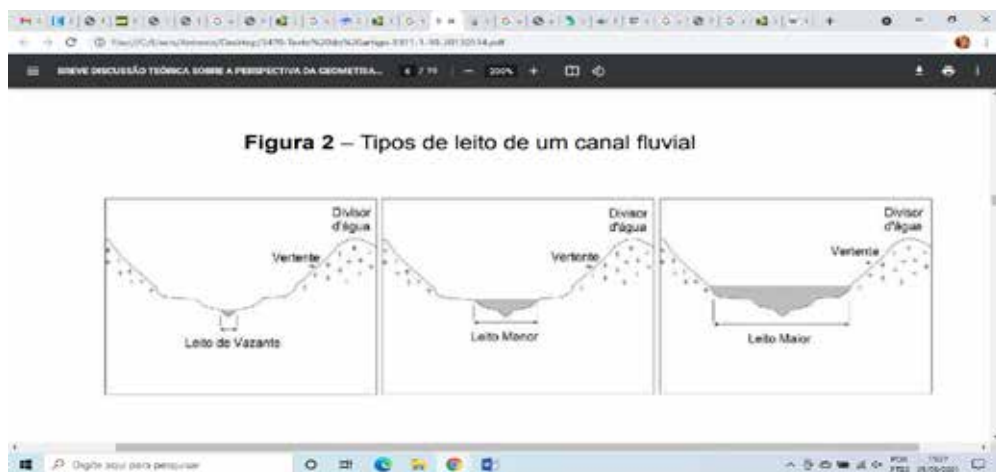
completa do curso de água, mediante a formação do reservatório artificial ou natural.

Curso d'água é qualquer corpo de água fluente que terá a respectiva área de preservação permanente fixada, desde que seja perene ou intermitente, independentemente de sua largura. O conceito estabelecido pela Lei 12.651/12 a respeito do que se considera como leito regular será o utilizado como padrão para o presente parecer:

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

XIX – leito regular: a calha por onde correm regularmente as águas do curso d'água durante o ano;

O leito regular d'água estabelecido pela legislação confere com o leito menor estabelecido pela academia, conforme citação e desenho a seguir:



a) Leito de vazante: se trata do leito de mais fácil visualização sendo aquele ocupado pelo débito fluvial de baixa magnitude. Este leito se refere à calha onde o rio percorre a maior parte do ano, sendo utilizado para o escoamento das águas baixas. O mesmo serpenteia entre as margens do leito menor acompanhando o talvegue (linha que une os pontos de maior profundidade ao longo do leito).

- b) Leito menor: também denominado de calha principal, este leito se refere à área de abrangência das cheias, trata-se de um leito bem delimitado e encaixados entre as margens. A vegetação nesse leito é impedida de se desenvolver haja vista a frequência da vazão ser expressiva.
- c) Leito maior: se refere ao leito que ocupa uma área mais abrangente que o leito menor, sendo também denominada de calha secundária, área marginal, planície de inundação, leito periódico ou sazonal, planície aluvial ou várzea. Esse leito é ocupado pelas inundações, que se referem às grandes vazões com período de retorno maiores. Considerando os tipos de leitos destacados, o limite entre o leito menor e maior corresponde ao nível de margens plenas, sendo este teoricamente o limite entre as enchentes e inundações.¹

O antigo Código Florestal considerava o leito maior para fins de medição da área de preservação permanente e a Lei 12.651 passou a considerar o leito regular do rio como parâmetro e que segundo a definição acima, pode ser entendido como o leito menor, ou calha principal.

Assim, se a acumulação de água ocupar a calha do leito regular do rio, sem a ultrapassar (não assumindo cotas superiores a este), não haverá perda de sua classificação como curso d'água, ainda que em época de menor vazão ocupe apenas seu leito vazante.

Verifica-se pela figura acima, que se a acumulação de água (mesmo artificial) ocupar o leito vazante ou o leito menor (figura 1 e 2), continua-se a exigir a faixa de APP para curso d'água. Se a acumulação de água decorrente da escavação ocupar o leito maior (figura 3) e não ultrapassar um hectare, poderá haver dispensa da faixa de APP.

¹ Geometria Hidráulica: Algumas Considerações Teóricas e Práticas Ederson Dias de Oliveira. Sociedade e Território, Natal, v. 24, nº 1, p. 166 – 184, jan./jun. 2012.

Em outras palavras, a aplicabilidade do §4º do art. 4º, portanto, ocorrerá nas hipóteses em que a acumulação de água ultrapassar a calha do leito do rio (assumindo cotas superiores, ou o leito maior), e ainda assim, for inferior a um hectare.

Além disso, imprescindível que também se verifique a regularidade da intervenção que gerou a acumulação de água, para que eventualmente haja a dispensa do dever de recomposição, como será demonstrado no tópico a seguir.

DA REGULARIDADE DA ACUMULAÇÃO DE ÁGUA INFERIOR A UM HECTARE

A acumulação de água inferior a um hectare, para que seja passível de dispensa da faixa de reserva do seu entorno deve estar regularizada técnica e juridicamente. Se a intervenção realizada sofreu fiscalização e está embargada, não há que se falar em dispensa do dever de recuperação da área de preservação permanente do curso d'água.

Em regra, as áreas de preservação permanente devem ser mantidas ou recuperadas com vegetação nativa pelo proprietário ou possuidor do imóvel rural e urbano. A Lei 12.651 relativiza tal exigência ao permitir intervenções em casos de:

- (i) utilidade pública (art. 8º);
- (ii) interesse social (art. 8º);
- (iii) baixo impacto ambiental (art. 8º);
- (iv) plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto em pequenas propriedades rurais (art. 4, §5º);
- (v) aquicultura em propriedade rural de até 15 módulos fiscais (art. 4º, §6º);
- (vi) continuidade de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural implementadas antes de 22 de julho de 2008, em pequenas propriedades rurais (art. 67);

(vii) regularização fundiária de interesse social ou específico em zonas urbanas, mediante aprovação do projeto e estudos técnicos (art. 8º,§2º, arts. 64 e 65).

Assim, por inúmeros outros motivos, a intervenção na APP de um rio pode ser considerada irregular e estar sujeita à lavratura de auto de infração. O desmatamento, a realização de poço escavado, a ausência de apresentação de projeto técnico para o barramento, a implementação de atividades não classificadas como *agrossilvipastoris* após o marco de 22 de julho de 2008, o loteamento clandestino ou irregular, qualquer atividade não licenciada, entre outros, são hipóteses de intervenção irregular e que, por sua vez, obviamente, impedem que seja concedido o ‘benefício’ da dispensa de recomposição da APP.

Se a intervenção não for regularizável, mesmo que haja acumulação de água abaixo de 1 ha, não poderá ser dispensada a recuperação da faixa de APP. Poços escavados por exemplo, não são atualmente permitidos, porque caracterizam atividade potencialmente degradadora sem o devido licenciamento ambiental.

No E-Docs consta o encaminhamento da minuta de regulamentação das APPs de barragens (2021-W7LRBL) e a previsão do art. 5º reforça o que atualmente já é proibido: o aterramento da bacia de alagamento, com a delimitação artificial da lâmina d’água resultante em área menor do que a naturalmente alagada.

Da mesma maneira, a supressão de vegetação nativa da Mata Atlântica sem autorização também não possibilita a dispensa da APP e gera o dever de recomposição.

Em contrapartida, se a atividade for regularizável, apenas após sua regularização, poderá ser considerada a dispensa. Por exemplo, no caso de correção do projeto técnico de barragem, de emissão de licença ambiental, de transformação da ocupação por meio de aprovação do estudo e projeto de regularização fundiária de interesse social, entre outros.

A possibilidade de dispensa, assim como a possibilidade de continuidade das atividades agrossilvipastoris apenas se dá quando há inscrição do imóvel no CAR e adesão ao PRA. Enquanto o PRA não é implementado, deve ser exigido o PRAD de recuperação do passivo ambiental.

A visão sistemática a respeito não só da propriedade, mas de toda ocupação, é fundamental para que seja analisada individualmente a acumulação de água inferior a um hectare e a possível dispensa de recuperação de faixa.

Por isso, se sobre a área houver termo de embargo, termo de compromisso ambiental ou qualquer restrição incidente, deve ser respeitada como um ato jurídico perfeito, sobre o qual a legislação editada posteriormente não retroage (art. 6º, Decreto-Lei 4657/42).

Nesse sentido, vale conferir a consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da irretroatividade do Código Florestal sobre o ato jurídico perfeito:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Trata-se, na origem, de Embargos à Execução em que se requer, com fundamento na superveniência do novo Código Florestal, a extinção de Execução por quantia certa proposta pelo Ministério Público para o pagamento de multa decorrente do descumprimento de TAC relativo a infrações ambientais.

2. O pedido das embargantes foi julgado improcedente pelo Juízo do primeiro grau, sob o argumento de que a Lei 4.771/1965 se aplica aos TACs celebrados durante a sua vigência. Decidindo Apelação, o Tribunal de origem, com fundamento nas disposições do novo Código Florestal, anulou a sentença, determinando a adaptação do TAC à nova legislação.

3. As cláusulas de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, ou de documento assemelhado, devem ser adimplidas

fielmente e de boa-fé, incumbindo ao degradador a prova da satisfação plena das obrigações assumidas. A inadimplência, total ou parcial, do TAC dá ensejo à execução do avençado e das sanções de garantia. O STJ consolidou o entendimento de que o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada. Precedentes.

4. Uma vez celebrado, e cumpridas as formalidades legais, o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC constitui ato jurídico perfeito, imunizado contra alterações legislativas posteriores que enfraqueçam as obrigações ambientais nele estabelecidas. Deve, assim, ser cabal e fielmente implementado, vedado ao juiz recusar sua execução, pois do contrário desrespeitaria a garantia da irretroatividade da lei nova, prevista no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942). Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1802754/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 11/09/2020)

Se a intervenção decorreu de licença ambiental e constam condicionantes ou mesmo a celebração de um termo de compromisso ambiental, com previsão de recuperação de área de preservação permanente, não poderá ser aplicada a dispensa prevista no §4º do art. 4º da Lei 12.651.

Portanto, é essencial que sejam consideradas a localização e a regularidade da acumulação de água inferior a um hectare, para que seja reconhecida a dispensa da APP. A sua localização não pode ultrapassar a calha do leito regular do rio, tampouco pode decorrer de intervenção não regularizável.

Em conclusão, respondendo objetivamente os questionamentos realizados:

I) Qual o entendimento da assessoria jurídica sobre a análise e entendimento da Slam na presente Nota Técnica?

A acumulação de água inferior a um hectare, que ultrapasse a calha do leito regular do rio e que detenha licença ambiental, não terá faixa de APP.

- II) Em caso de concordância com esta nota:
- a. Quais implicações para uma atividade construída na APP original do curso d'água, objeto de autuação e embargo, onde se construiu ou se pretende construir uma barragem menor que 1 ha para descaracterizar a APP anteriormente existente e assim regularizar a atividade?

A atividade construída em APP e embargada apenas poderá ser regularizada se for passível de licença ambiental segundo os requisitos legais, ou seja, não pode ter havido supressão de vegetação nativa da Mata Atlântica, não pode caracterizar poço escavado ou intervenção dentro da calha regular do curso d'água e o projeto técnico de construção deve ser aprovado juntamente com o projeto de recuperação do passivo ambiental da propriedade.

- b. As dispensadas de faixa de proteção poderiam viabilizar atividades não agrossilvipastoris no entorno do reservatório?

Sim, desde que não comprometam ou prejudiquem o dever de recomposição da área de preservação permanente do curso d'água imediatamente ao lado, à jusante e à montante.

É permitida a continuidade de atividades agrossilvipastoris e de turismo rural em áreas de preservação permanente ocupadas antes de 22 de julho de 2008, ou após, de maneira a assegurar boas práticas agronômicas no período de recuperação parcelada por meio do Programa de Regularização Ambiental.

Se, em virtude de lei, o espaço no entorno do reservatório inferior a um hectare deixou de ser especialmente protegido, não há que se falar em restrição de uso. A não ser que haja incidência de outra

limitação legal, como área de uso restrito, ou área anteriormente ocupada por vegetação nativa da Mata Atlântica, especialmente em estágio médio ou avançado de regeneração.

b. Como correlacionar a dispensa de reserva de faixa de proteção com a recomposição obrigatória “ao longo de cursos d’água naturais” prevista no art. 61-A do Código Florestal?

A recomposição obrigatória prevista no art. 61-A da Lei 12.651 não colide com as faixas de área de preservação permanente previstas no art. 3º. Para pequenas propriedades rurais foi dado o benefício da recomposição de vegetação em espaço menor, mas toda a extensão da APP continua a existir.

Ainda que o §6º estabeleça a recomposição mínima de APP para lagoas e reservatórios artificiais, sua incidência ocorrerá para as propriedades que possuam a acumulação de água a partir de um hectare de lâmina d’água.

Tanto o minifúndio, quanto a grande propriedade rural, se possuírem reservatório inferior a 1 hectare estarão desobrigados de recomposição da APP, pelo disposto no §4º do art. 4º da Lei 12.651. O minifúndio que tiver acumulação de água a partir de um hectare, porém, será obrigado a recompor cinco metros de APP e assim sucessivamente.

c. Barragens menores que 1 ha instaladas anteriormente à publicação da Lei nº 12.651/2012 também estariam dispensadas da faixa de proteção?

Sim, desde que estejam devidamente licenciadas e estejam obrigadas à recomposição por força de condicionante ambiental, caracterizada como ato jurídico perfeito.

Por fim, importante ressaltar que no atual regime jurídico de barragens no Estado, a instituição da “dispensa” de licença ambiental

(licença declaratória) para barragens até cinco hectares (por força do Decreto 4.139-R) não desobriga a apresentação de ART da construção do reservatório, tampouco da ART do PRAD de recuperação de APP, para as que possuam lâmina a partir de 1 hectare.

É o parecer.

Vitória – ES, 05 de maio de 2021.

Petruska Canal Freitas

Advogada – IDAF

OAB/ES 17.75