

OPINIÃO LEGAL

CONSULENTE

ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S/A

CONSULTORES

Édis Milaré

Rita Maria Borges Franco

Maria Clara Rodrigues A. Gomes

São Paulo

2009

A CONSULTA

Consulta-nos a *Energia Sustentável do Brasil S/A* (ESBR ou Consulente) a respeito das obrigações relacionadas à implementação de área de preservação permanente – APP de reservatório artificial formado pela instalação da barragem destinada ao aproveitamento de potencial hidráulico denominado Jirau.

Para tanto, solicita-nos a consideração dos questionamentos colacionados abaixo:

- (i) *Faz sentido a ESBR adquirir área em Unidade de Conservação – UC para compor APP do reservatório, uma vez que a área (UC) já é protegida? Neste caso não seria mais razoável a ESBR adquirir uma área mínima (faixa de 30m) nas UC, diminuindo a interferência do empreendimento em uma UC de uso sustentado?*

- (ii) *Considerando o Termo de Acordo firmado entre os Governos Federal e Estadual, permutando as UC estaduais por uma UC federal, que implicará mudança na configuração das UC e até a interferência com o empreendimento, deveremos desconsiderar este termo de acordo nas propostas de APP ao IBAMA?*

Considerando o teor das questões que nos foram submetidas à consulta, apresentamos o nosso entendimento acerca da exigência de se promover desapropriação para implantação de Área de Preservação Permanente – APP de reservatório da Usina Hidrelétrica Jirau, inserida em áreas de Unidades de Conservação.

É o que se passa a avaliar.

A OPINIÃO LEGAL

1. Para bem enfrentar os questionamentos suscitados pela Consulente, cumpre tecer breves considerações sobre o contexto normativo em que se inserem as áreas de preservação permanente.

1. Legislação incidente sobre Área de Preservação Permanente – APP de reservatório artificial

2. O Código Florestal de 1965, instituído pela Lei Federal 4.771, de 15.09.1965¹, estabelece em seu artigo 1º, inciso II, que área de preservação permanente é a "área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º deste Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com 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".

3. Da análise do artigo 2º, alínea "b", do aludido diploma, depreende-se que são áreas de preservação permanente, pelo só efeito da Lei, as florestas e demais formas de vegetação situadas ao redor dos reservatórios d'água. Confira-se:

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

a) ...

b) ao redor das lagoas, lagos ou **reservatórios d'água naturais ou artificiais;** ..." (destacamos)

¹ O Código Florestal instituído pela Lei Federal 4.771/1965 revogou o Código Florestal de 1934, instituído pelo Decreto Federal 23.793, de 23.01.1934.

4. Importa notar que o Código Florestal definiu a largura da faixa lindeira da *área de preservação permanente* para praticamente todas as hipóteses de recursos hídricos². Contudo, deixou de fazê-lo no que diz respeito às lagoas, lagos ou reservatórios. Ou seja, o Código Florestal **não fixou a largura da faixa de área de preservação permanente para estes cursos hídricos.**

5. Por certo, a definição dos parâmetros das áreas de preservação permanente dos reservatórios artificiais foi atribuída ao Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, conforme se verifica da análise do § 6º do artigo 4º do mesmo Código. Confira-se:

“Art. 4º (...)

§6º - 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.”
(destacamos)

6. Com vistas à disciplina do assunto, foi editada a Resolução CONAMA 302, de 20.03.2002, que fixou os parâmetros das áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais, nos seguintes termos, para aquilo que interessa ao caso em exame:

“Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;”

² Como exemplo, vale a alínea “a”, do próprio artigo 2º, *in verbis*:

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

[...]

"§ 1º Os limites da Área de Preservação Permanente, previstos no inciso I, **poderão ser ampliados ou reduzidos**, observando-se o patamar mínimo de trinta metros, conforme estabelecido no licenciamento ambiental e no plano de recursos hídricos da bacia onde o reservatório se insere, se houver."

[...]

"§ 4º A ampliação ou redução do limite das Áreas de Preservação Permanente, a que se refere o § 1º, deverá ser estabelecida considerando, no mínimo, os seguintes critérios:

I - características ambientais da bacia hidrográfica;

II - geologia, geomorfologia, hidrogeologia e fisiografia da bacia hidrográfica;

III - tipologia vegetal;

IV - representatividade ecológica da área no bioma presente dentro da bacia hidrográfica em que está inserido, notadamente a existência de espécie ameaçada de extinção e a importância da área como corredor de biodiversidade;

V - finalidade do uso da água;

VI - uso e ocupação do solo no entorno;

VII - o impacto ambiental causado pela implantação do reservatório e no entorno da Área de Preservação Permanente até a faixa de cem metros." "

7. Infere-se da leitura do aludido dispositivo que: *a)* atualmente, a área de preservação permanente – APP para reservatórios artificiais, tal como aquele a ser formado *pele enchimento da UHE Jirau*, poderá ser de **100 metros**, para a hipótese de se tratar de imóvel localizado em *área rural*; sendo que *b)* poderá haver ampliação ou redução das áreas de preservação permanente, desde que observado o patamar mínimo de 30 metros, nos termos dos §§ 1º e 4º da aludida Resolução CONAMA 302/2002.

II. A regra geral: obrigatoriedade de aquisição ou desapropriação de áreas para implantação de APP

8. Como visto, a regra geral que impõe a obrigatoriedade de desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas em função do enchimento do reservatório de Usinas Hidrelétricas - UHE's está contida no artigo 4º, § 6º, da Lei 4.771/1965 (Código Florestal).

9. No caso em apreço, é preciso ter em vista que parte do reservatório – e, por conseguinte, a respectiva área de preservação permanente – está inserida em Unidade de Conservação. Nestes termos, cumpre avaliar quais as implicações desta situação para o empreendedor, como se verá a seguir.

10. No compasso de nossa Lei Maior, os potenciais de energia hidráulica são considerados bens da União, a qual poderá ceder a sua exploração a terceiros, por meio de concessão, desde que no interesse nacional (artigos 20, inciso VIII, e 176, § 1º).

11. Por força disso, nos termos do seu artigo 5º, inciso XXIV, as atividades relacionadas ao aproveitamento dos potenciais hidrelétricos, dado o seu caráter de utilidade pública (artigo 5º, alínea f, do Decreto-lei 3.365/41), são passíveis de desapropriação.

12. Por meio desse procedimento, o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o por justa indenização.

13. No caso específico de outorgas e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, a Lei Federal 9.074, de 07.07.1995, estabelece, em seu artigo 10, que: **"Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica."**

14. Assim é que, ao conceder a exploração de uma Usina Hidrelétrica a terceiros, a ANEEL lhes confere a prerrogativa de efetivar todas as aquisições, desapropriações ou instituir servidões administrativas em terrenos e benfeitorias necessárias à realização das obras e dos projetos ambientais, exatamente para levar a efeito a outorga de exploração a eles concedida.

15. Tal prerrogativa – que deve estar expressa em na Resolução ANEEL que conferiu a outorga ao empreendedor – está em consonância com o disposto no artigo 4º do Decreto-Lei 3.365/1941, *in verbis*:

"Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda."

16. Nos casos de reservatórios artificiais, há imposição legal que obriga o empreendedor a proceder à aquisição ou à desapropriação das áreas necessárias à implantação de APP (*ex vi* o disposto no artigo 4º, § 6º, do Código Florestal).

17. Com efeito, a prática de atos expropriatórios – ainda que por terceiros, devidamente autorizados – com a finalidade acima transcrita acaba por transferir à União a titularidade dessas áreas, que deverão ser mantidas pelo concessionário enquanto perdurar o contrato de concessão.

18. Deste modo, tem-se que a regra geral é aquela que impõe ao empreendedor a obrigação de tomar as providências necessárias para aquisição ou desapropriação das áreas de preservação permanente exigidas para os reservatórios artificiais, nos termos do artigo 4º, § 6º, do Código Florestal.

III. Espaços Territoriais Especialmente Protegidos

19. Cumpre ainda tecer breves considerações acerca da natureza jurídica das Unidades de Conservação e das Áreas de Preservação Permanente – APP.

20. Ambas, em nosso sentir, integram o rol de espaços territoriais especialmente protegidos.

21. Com efeito, a Constituição de 1988 inovou ao adotar a terminologia “espaço territorial especialmente protegido” para designar uma área sob regime especial de administração, com o objetivo de proteger os atributos ambientais justificadores do seu reconhecimento e individualização pelo Poder Público (artigo 225, § 1º, inciso III).

22. Da análise do texto constitucional, parece-nos possível sustentar que no conceito de espaços territoriais especialmente protegidos, *em sentido estrito (stricto sensu)*, tal qual enunciado na Constituição Federal, se subsumem apenas as Unidades de Conservação *típicas*, isto é, previstas expressamente na Lei 9.985/2000, e, por igual, aquelas áreas que, embora não expressamente arroladas, apresentam características que se amoldam ao conceito enunciado no artigo 2.º, inciso I, da referida Lei 9.985/2000³, que seriam então chamadas de Unidades de Conservação *atípicas*.

23. Por outro lado, não se pode ignorar que também constituem espaços territoriais especialmente protegidos, *em sentido amplo (lato sensu)*, as demais áreas protegidas, como, por exemplo, as *Áreas de Preservação Permanente* e as *Reservas Florestais Legais* (disciplinadas pela Lei 4.771/1965 – Código Florestal), e as *Áreas de Proteção Especial* (previstas na Lei 6.766/1979 – Parcelamento do Solo Urbano), que tenham fundamentos e finalidades próprias e distintas das Unidades de Conservação.

24. De fato, até a promulgação da Lei do SNUC – Lei 9.985/2000 – não existia, no ordenamento jurídico, nenhum preceito que estabelecesse, com precisão, o *conceito* de Unidade de Conservação em *sentido estrito*. Assim, no teor do artigo 2.º dessa lei, Unidade de Conservação vem a ser o “*espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites*

³ “Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção;”

definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção" (grifamos).

25. Portanto, para a configuração jurídico-ecológica de uma Unidade de Conservação deve haver: (i) a relevância natural; (ii) o caráter oficial; (iii) a delimitação territorial; (iv) o objetivo conservacionista; e (v) o regime especial de proteção e administração.

26. A razão de tal distinção decorre da necessidade de se atender ao mandamento legal atinente, *in casu*, a subsunção da figura "Unidade de Conservação" à sua definição legal prevista no artigo 2.º, inciso I, da Lei 9.985/2000.

27. Isso porque, neste dispositivo, o legislador previu a característica de *particularidade e especificidade* de cada Unidade de Conservação, motivo pelo qual o aludido comando legal menciona os "*objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção*".

28. Ou, em outro dizer, entendeu o legislador que cada Unidade de Conservação deve ter seu propósito e finalidade específicos, o que exigiria, por consequência, um ato legal do Poder Público para a sua instituição, visando a delimitar e a dispor exclusivamente a respeito de cada uma.

29. Portanto, afigura-se que a definição de "Unidade de Conservação" dada pela Lei do SNUC não abarca outras figuras legais como as *Áreas de Preservação Permanente* e as *Reservas Florestais Legais*, as quais, não obstante tenham merecido especial atenção do legislador, prescindem de ato legal do Poder Público específico a reger

cada delimitação de espaço assim caracterizado (Lei 4.771/1965, as primeiras definidas pelos artigos 2º e 3º e as últimas, pelo artigo 16).

30. Como já dito, a definição de área de preservação permanente – que, como visto, integra a noção de Espaços Territoriais Especialmente protegidos em *sentido amplo* – está contida no artigo 1º, inciso II, da Lei 4.771/1965.

31. Nessa linha, os artigos 2º e 3º do Código Florestal tratam das florestas e demais formas de vegetação que não podem ser removidas, tendo em vista a sua localização e a sua função ecológica. Assim, a vegetação localizada ao longo dos cursos de água, nas encostas, nas restingas, ao redor de lagos e lagoas, ao longo das rodovias, entre outras, conforme discriminação constante desses artigos, dada sua importância ambiental, são consideradas de preservação permanente.⁴

32. A definição legal vigente, em particular a inserção da expressão “coberta ou não por vegetação nativa”, denota a intenção do legislador de dar proteção não exclusivamente às florestas e demais formas de vegetação natural, mas aos locais ou às formações geográficas em que tais áreas estão inseridas funcionalmente, ou seja, na ação recíproca entre a cobertura vegetal e sua preservação e a manutenção das características ecológicas do domínio em que ela ocorre.

33. De acordo com os ditames do Código Florestal, as florestas e demais formas de vegetação situadas em áreas de preservação permanente não podem ser exploradas, exceto aquelas localizadas em área indígena, e tão somente pela própria comunidade e para sua subsistência. A supressão é admitida apenas quando necessária à execução de obras,

⁴Juraci Perez Magalhães. *Comentários ao Código Florestal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 53.

planos, atividades e projetos de *utilidade pública* ou *interesse social*, com prévia autorização do órgão competente do Poder Executivo.

34. Deste modo, tem-se que Unidades de Conservação e Área de Preservação Permanente são figuras jurídicas distintas, com finalidades e aplicações diferentes, e que, portanto, não devem ser confundidas.

35. Em que pese isso, é certo que os valores protegidos pelas Unidades de Conservação e pelas áreas de preservação permanente são os mesmos.

36. Com efeito, basta ter em vista que a vegetação que recobre as áreas de preservação permanente, denominadas matas ciliares, são definidas como a vegetação nativa que ocorre ao longo dos cursos d'água, sejam rios, riachos, lagos, reservatórios de água artificiais e nascentes.

37. A esse respeito, José Eduardo Ramos Rodrigues, reportando-se aos ensinamentos de Luiz Mauro Barbosa, esclarece que *“as matas ciliares atuam como verdadeiros filtros protetores do solo dos rios e, conseqüentemente, da flora e da fauna regionais”*⁵.

38. As Unidades de Conservação, por sua vez, tem seus objetivos estabelecidos na Lei 9.985/2000, mais precisamente em seu artigo 4º que, no que é de interesse para o caso em exame, assim dispõe:

“Art. 4º O SNUC tem os seguintes objetivos:

⁵ Revista de Direito Ambiental, 2000, v. 17. São Paulo: RT, p. 188.

I - contribuir para a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais;
[...]

III - contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais;
[...]

VII - proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural;

VIII - proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos;
[...]"

39. Da análise destes dispositivos, somado àquilo que se mencionou acerca das características áreas de preservação permanente, tem-se que os objetivos destes espaços territoriais especialmente protegidos são os mesmos.

40. Deste modo, tem-se que ambas as figuras jurídicas em comento, seja em sentido estrito ou em sentido amplo, estão contidas na denominação Espaços Territoriais Especialmente Protegidos e, nesse sentido, cumprem a função de assegurar o "meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

41. Em vista do exposto, é ineludável a conclusão de que os espaços territoriais especialmente protegidos em comento estão aptos para conferir grau de proteção ao meio ambiente.

IV. Instituição APP de Reservatórios inseridos em Unidades de Conservação

42. Na hipótese em exame, como mencionado acima, tem-se que parte do reservatório da UHE Jirau e, por consequência, sua área de preservação permanente, está inserido em Unidade de Conservação Estadual, quais sejam, Floresta Estadual Rio Vermelho A e B, Estação Ecológica Serra dos Três Irmãos e Estação Ecológica Mujica Nava.

43. Ocorre que, considerando tudo o quanto exposto até o momento, tem-se que a situação evidenciada exime o empreendedor da obrigação de adquirir ou desapropriar as áreas necessárias para implementação da área de preservação permanente que estiverem inseridas no interior das aludidas Unidades de Conservação.

44. Com efeito, as Florestas, por definição contida no próprio SNUC, são áreas de posse e domínio público "com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas." (artigo 17, *caput*, e § 1º).

45. As Estações Ecológicas, por sua vez, são áreas de posse e domínio público que "tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas." (artigo 9º, *caput*, e § 1º).

46. Deste modo, tem-se que a preexistência destas Unidades de Conservação, que integram a noção de Espaços Territoriais Especialmente Protegidos – assim como as áreas de preservação

permanente –, acaba por atingir a finalidade para a qual foi instituída a obrigação contida no artigo 4º, § 6º, do Código Florestal, garantindo, por si só, a preservação do entorno do reservatório.

47. Até porque, não se pode olvidar do brocardo latino que estabelece o seguinte: *lex specialis derogat generali*.⁶ A par disso, tem-se que as disposições especiais contidas na Lei 9.985/2000, naquilo que concerne à proteção de espaços territoriais, prevalecem sobre as disposições gerais contidas na Lei 4.771/1965 que tem por objeto a mesma finalidade.

48. Nesse sentido, importa concluir que resta afastada a exigência de implementação de área de preservação permanente no entorno do reservatório da UHE Jirau, na parte em que tal providência vier a implicar a sobreposição da área de preservação permanente às mencionadas Unidades de Conservação, devendo estas prevalecer sobre àquelas.

49. De fato, não se pode deixar de ter em vista que as Unidades de Conservação em comento foram os Espaços Territoriais Especialmente Protegidos eleitos pelo legislador para garantir a preservação do meio ambiente local.

50. De mais a mais, cumpre considerar, ainda, que a instituição de áreas de preservação permanente em detrimento das Unidades de Conservação existentes, além de caracterizar, sob o aspecto da proteção ambiental, verdadeiro *bis in idem*, não acarretará qualquer ganho ambiental significativo.

⁶ Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 95. Confira-se: “O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*”

51. A esse respeito, cumpre ter em vista que, uma vez levada a efeito a desapropriação das Unidades de Conservação existentes para implementação das áreas de preservação permanente, transformando tais áreas bens da União, criará um impasse jurídico, considerando que estas áreas federais ficarão cercadas por Unidades de Conservação, dificultando sobremaneira a sua administração e proteção.

52. A título exemplificativo, cabe recordar o conflito instalado entre a União e o Estado de São Paulo em torno do Parque Estadual da Ilha do Cardoso. O Estado propôs ações de desapropriação contra alguns moradores da ilha e a União, por sua vez, compareceu em todos os processos na qualidade de opositora, sob alegação de que a ilha era de domínio da União, pelo que não poderia ser desapropriada pelo Estado (conforme o artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365/1971). Passaram-se mais de dez anos de litigância, até que o Supremo Tribunal Federal decidisse que a ilha era da União.

53. No intuito de resguardar o mínimo de higiene ao Parque Estadual da Ilha do Cardoso, a Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo intercedeu para que a Ilha fosse cedida pela União ao Estado, para a implantação do tão sonhado e adiado parque. Ocorre que, nesse período litigioso, invasores aproveitaram para ocupar áreas da ilha e causar sérios danos ao meio ambiente. Além dos graves prejuízos ambientais, a situação fundiária da ilha viu-se agravada durante o período da ação judicial. A solução dos problemas fundiários, que foram agravados pelo inusitado conflito entre esferas do Poder Público, restou bem mais dispendiosa e difícil, implicando ainda prejuízos ao meio ambiente, tudo obviamente custeado por nós, os contribuintes.

54. No caso da UHE Jirau, parte das áreas de preservação permanente a serem criadas ficarão incrustadas em Unidades de Conservação, e, nesse sentido, constituem numa séria fonte potencial de conflitos entre os entes públicos, em detrimento do meio ambiente. O que seria uma grande contradição, eis que, como minudenciado acima, a proteção do meio ambiente é exatamente o objetivo maior visado pelas Unidades de Conservação e pelas áreas de preservação permanente.

55. De outro lado, importa considerar que, nos termos do artigo 48 da Lei do SNUC, há previsão legislativa que estabelece que, em casos como este, caberá ao empreendedor *contribuir financeiramente* para a proteção e implementação das Unidades de Conservação afetadas pela instalação de aproveitamentos de potenciais hidráulicos. Confira-se:

"Art. 48. O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pela geração e distribuição de energia elétrica, beneficiário da proteção oferecida por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica." (grifos nossos)

56. Tal disposição legal – *que não se confunde com a compensação ambiental instituída pelo artigo 36 do mesmo diploma* – caracteriza-se como exceção à regra geral prevista no artigo 4º, § 6º, do Código Florestal, e está em consonância com tudo o quanto exposto acima, na medida em que, em casos como o presente, em que há probabilidade sobreposição de áreas de preservação permanente a Unidades de Conservação, deve prevalecer àquela que foi eleita pelo legislador como instrumento capaz de assegurar a proteção efetiva do meio ambiente local.

57. E isto ocorre independente de a Unidade de Conservação estar pendente de regularização fundiária, eis que a contribuição financeira estabelecida pelo artigo 48 da Lei 9.985/2000 deve ser destinada não só à sua proteção, mas também à implementação do espaço territorial em questão.

58. Importa considerar, ainda, que o fato de o artigo 48 da Lei do SNUC estar pendente de devida regulamentação não tem o condão de impor ao empreendedor a obrigação de implementação de área de preservação permanente estabelecida no artigo 4º, § 6º, do Código Florestal.

59. Com efeito, essa questão poderá ser abortada no processo de licenciamento ambiental, por meio da fixação do valor que será destinado às Unidades de Conservação relacionadas, sob a rubrica de *contribuição financeira*, em atendimento ao dispositivo em comento.

60. Por fim, importa considerar que, independente de se tratar de Unidade de Conservação suportada por áreas exclusivamente públicas, áreas privadas ou as duas, e do tipo de atividade que autorizado por lei a ser desempenhado nesses Espaços Territoriais (tais como visitação, pesquisa científica e outros), deverão prevalecer as restrições aplicáveis às áreas de preservação permanente, de forma a assegurar que a finalidade precípua da mata ciliar que as recobre seja mantida. A fixação das restrições de uso necessárias a esse fim, inclusive, poderá estar contida no Plano de Manejo das Unidades de Conservação.

61. Deste modo, o empreendedor somente estará obrigado a desapropriar ou adquirir as áreas de preservação permanente formadas pelo enchimento do reservatório da UHE Jirau *na porção em que o aludido reservatório estiver fora* da Floresta Estadual Rio Vermelho A e B, da Estação Ecológica Serra dos Três Irmãos e da Estação Ecológica Mujica Nava.

V. Conclusão

62. Considerando tudo quanto o exposto, passamos às respostas aos questionamentos.

- (i) *Faz sentido a ESBR adquirir área em Unidade de Conservação – UC para compor APP do reservatório, uma vez que a área (UC) já é protegida? Neste caso não seria mais razoável a ESBR adquirir uma área mínima (faixa de 30m) nas UC, diminuindo a interferência do empreendimento em uma UC de uso sustentado?*

63. O fato de a área de preservação permanente vir a ser implementada no interior de Unidade de Conservação exime o empreendedor da obrigatoriedade de adimplemento da obrigação veiculada no artigo 4º, § 6º, do Código Florestal, que determina ao empreendedor a aquisição ou desapropriação das áreas necessárias à implantação da APP, *ex vi* o disposto no artigo 48 da Lei 9.985/2000.

64. Também não se pode deixar de ter em vista o fato de que a preservação ambiental de parte do entorno do reservatório da UHE Jirau já está garantida pela preexistência de Unidades de Conservação.

65. Em que pese isso, considerando que o futuro reservatório estará apenas parcialmente inserido em Unidade de Conservação, há espaço para discussão da razoabilidade da metragem fixada pelo órgão ambiental, que exige a implantação de APP em faixa de 500 metros, mesmo porque a regra geral para reservatórios tal como o da UHE Jirau é de 100 metros (artigo 3º, inciso I, da Resolução CONAMA 302/2002) e a exceção é o aumento ou diminuição desse limite, observado o mínimo de 30 metros.

66. Há que se considerar, inclusive, como parâmetro para revisão dos limites fixados pelo órgão ambiental, além da daquilo que estabelece o supracitado artigo 48, o disposto no artigo 36, § 3º, da Lei 9.985/2000⁷, que estabelece, nas hipóteses em que o empreendimento impactar uma Unidade de Conservação específica, ainda que esta não integre o Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da *compensação ambiental* estabelecida no aludido dispositivo.

(ii) *Considerando o Termo de Acordo firmado entre os Governos Federal e Estadual, permutando as UC estaduais por uma UC federal, que implicará mudança na configuração das UC e até a interferência com o empreendimento, deveremos desconsiderar este termo de acordo nas propostas de APP ao IBAMA?*

⁷ “Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 3o Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo”.

67. Não se vislumbra sentido em considerar o mencionado Termo de Acordo firmado entre os Governos Federal e Estadual, na medida em que, no momento, este ajuste nada mais é do que um mero protocolo de intenções e que só produzirá efeitos quando da efetiva permuta de Unidades de Conservação.

68. De toda sorte, as disposições contidas no Termo de Acordo não terão o condão de modificar ou interferir nas atividades da Consulente, sendo que, em qualquer hipótese, as Unidades de Conservação deverão prevalecer sobre as eventuais áreas de preservação permanente.

É esta, *sub censura*, a nossa opinião.

São Paulo, 07 de agosto de 2009.

Édis Milaré

OAB/SP 129.895

Rita Maria Borges Franco

OAB/SP 237.395

Maria Clara Rodrigues Alves Gomes

OAB/SP 260.338