

PIERRY NOVAIS SILVA

**DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA NO QUE TANGE
AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
PROFESSOR ORIENTADOR
ADILSON ABREU DALLARI**

**PUC/SP
SÃO PAULO
2007**

PIERRY NOVAIS SILVA

**DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA NO QUE TANGE
AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado sob a orientação do Professor Doutor Adilson Abreu Dallari.

**PUC/SP
SÃO PAULO
2007**

Banca Examinadora

Ao meu pai, Marco Antônio Rodrigues Silva. Pessoa que em vida mostrou-me a verdadeira essência do Direito. Meu maior exemplo de honestidade. Sem cursar uma faculdade apresentou-me à ética da vida. Meu reconhecimento e eterno agradecimento por tudo que foi, é e será na minha existência.

Agradecimentos

Agradecer é sinônimo de reconhecimento, gesto de humildade. É compartilhar a alegria que agora se expressa nesse resultado, fruto de um longo caminhar.

Nessa trajetória, tortuosa por vezes, anjos, que aqui chamo de amigos no mais profundo sentido da palavra, nos guiam de maneira a evitar problemas, saltar abismos, e alcançar o que pretendemos. Assim, os nomes aqui citados não excluem outros que me ajudaram a transpor esse deserto.

À minha mãe, Vera Lúcia Novais Silva, exemplo de perseverança e dedicação nesse momento delicado de nossas vidas. À minha querida irmã, Priscilla Novais Silva. És carinho, ternura e alento. Obrigado pelas palavras de conforto na saudade.

À dra. Elba Xible Luchi, companheira de todos os momentos, pela paciência na minha ausência, pelo carinho nas horas de sofrimento e por tudo que juntos passamos e à nossa história pertence. Esse momento também é seu!

Em especial a Silvana Robson e a empresa GRANASA, presenças fundamentais na minha difícil mudança para São Paulo, em que a dificuldade financeira quase pôs fim ao meu sonho.

Ao dr. Roberto Maia e à dra. Ana Maria, amigos sem os quais não teria ingressado tão rapidamente no mestrado da PUC/SP. Abriam os braços, me acolheram e me deram todo o suporte para chegar até aqui.

Aos primos Eduardo e Alexandra, por me proporcionarem o calor do lar que em Vitória deixei. Minha sincera amizade e gratidão. Saudades do nosso convívio familiar.

Ao aluno e amigo Cristiano Satosh, pela dedicação permanente
Ao professor Adilson Abreu Dallari, pela felicidade de lhe ter como orientador. Exemplo de dedicação à vida acadêmica. Abriu as portas sem me conhecer, me deu apoio constante e mostrou-me o caminho para apaziguar as inquietações nessa empreitada.

Agradeço de coração a dedicação.

RESUMO

O direito ambiental tem por finalidade mitigar a degradação do meio ambiente em face da necessidade do homem em relação à utilização dos recursos ambientais. Nesse sentido, devemos observar o equilíbrio das necessidades do ser humano no desenvolvimento de todas as suas faculdades sem que comprometam as presentes e futuras gerações.

Para efetivar o objetivo descrito, o Direito regulamenta a atuação do homem em relação ao meio ambiente de forma preventiva e repressiva. Repressivamente, mediante a cominação de sanção em face do cometimento de algum dano ambiental. Preventivamente, por meio da fiscalização pelos instrumentos dispostos no ordenamento jurídico.

O licenciamento ambiental é um desses instrumentos de prevenção. Previsto internacionalmente na declaração de princípios da conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972, tem fundamentação jurídica no ordenamento pátrio, sendo previsto na Lei n. 6.938/81 que trata da política nacional do meio ambiente recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Não obstante sua previsão legal, temos grande dificuldade de efetivar o licenciamento ambiental. O Brasil organizou-se mediante a escolha da forma de Estado Federal prevista nos arts. 1º e 18 da Constituição. O Estado Federal caracteriza-se pela autonomia dos entes federativos. Nessa estrutura, é importante a distribuição de competência para que sejam evitados possíveis conflitos. A Constituição, responsável por esse equilíbrio, determina no art. 23 a atuação comum entre todos os entes, ou seja, todos possuem competência para fiscalizar o meio ambiente.

Resta, porém, uma série de questionamentos em relação ao que vem a ser a atuação comum. A doutrina e a jurisprudência modificam constantemente sua posição. Em certas situações, apontam a atuação individual dos entes com base na primazia do interesse, em outras, a atuação conjunta e até a atuação paralela em que todos, individualmente, serão responsáveis pela fiscalização. O problema reside, portanto, em determinar qual ente efetivamente possui competência para licenciar um empreendimento. É disso que trataremos nesta dissertação.

ABSTRACT

Environmental law aims to mitigate the degradation of the environment in light of man's necessity concerning the use of environmental resources. Therefore, we should comply with the balance of human beings' needs in the development of all their faculties without endangering current and future generations.

To reach this objective, Law rules man's operation related to the environment in a preventive and repressive way. Repressively, through the penalty imposition in light of the detection of some environmental damage. Preventively, through the inspection by the available instruments identified in the legal system.

Environmental licensing is one of these preventive instruments. It is internationally provisioned in the declaration of principles of the United Nations conference about the environment, held in Stockholm, in 1972, and stands on legal grounds in the national legal structure, being set forth in the Act nr. 6.938/81 which deals with national politics in the environment accepted by the Federal Constitution acted in 1988.

Notwithstanding its legal provision, it has been a lot difficult to carry out the environmental licensing. Brazil is structured through the choice of the Federal State described in provisions 1 and 18 of the Constitution. The Federal State is known by the autonomy of its federative entities. According to this structure, it is important to distribute jurisdiction in order to avoid possible conflicts. Responsible for this balance, the Constitution establishes in provision 23, the operation among all entities; that's to say, they can all use its authority to monitor the environment.

However, there is a series of questioning concerning what can be considered joint monitoring. Doctrine and case law constantly change their position. In certain occasions, they point to the individual performance of the entities based on the interest primacy; in others, they turn to the joint operation or even the connected operation, where all have to respond individually for the monitoring. The problem, therefore, lies on determining which entity has jurisdiction to license an enterprise. That is what this dissertation is about.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O MEIO AMBIENTE E SUA TUTELA JURÍDICA	14
1.1 O direito fundamental ao meio ambiente	14
1.2 O meio ambiente e o homem.....	18
1.3 O poder de polícia como condicionante da utilização dos recursos ambientais	22
2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	27
2.1 Aspectos gerais.....	27
2.2 Etapas adotadas no licenciamento ambiental	31
2.2.1 Licença prévia.....	33
2.2.2 Licença de Instalação.....	34
2.2.3 Licença de Operação	35
2.2.4 Da obrigatoriedade do EIA/Rima	36
2.3 Natureza jurídica do licenciamento ambiental: “autorização” ou “licença”?	37
2.3.1 Autorização.....	38
2.3.2 Licença.....	38
2.3.3 Diferenças entre “licença” e “autorização”	39
2.3.4 Licenciamento ambiental: híbrido de autorização e licença.....	40
2.4 Retirada da licença ambiental	42
2.5 Problemática em foco	44
3 FEDERALISMO	48
3.1 Do pacto federativo	49
3.2 Origem do federalismo.....	49
3.3 Formas que o federalismo pode assumir	51
3.4 Federalismo no Brasil.....	53
3.5 Federalismo na Constituição de 1988	55
3.6 Importância do princípio da legalidade e da eficiência para o federalismo	57
3.7 Importância do federalismo no estado brasileiro	59
4 A IMPORTÂNCIA DA DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA NO FEDERALISMO..	62
4.1 Definição de competência	62
4.2 A importância da distribuição de competência	63
4.3 Distribuição de competência na história do federalismo	65
4.4 Classificação quanto à distribuição de competência na Constituição Federal de 1988	66
4.4.1 Da competência legislativa.....	67
4.4.2 Das competências administrativas.....	70
4.4.3 Da competência administrativa comum	71
5 DISPOSIÇÕES NORMATIVAS ACERCA DO LICENCIAMENTO	75
5.1 Normas em vigor acerca do licenciamento	75
5.1.1 O licenciamento na Constituição Federal de 1988	75

5.1.2 Política nacional do meio ambiente e o licenciamento ambiental – Lei n. 6.938, de 1981	80
5.1.3 Decreto n. 99.274/90 – Regulamenta a Lei n. 6.938/81	82
5.1.4 Resolução Conama n. 237/97	84
5.1.5 Da inconstitucionalidade da Resolução n. 237/97	88
5.1.6 Da abrangência da lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23	95
5.1.7 Do projeto de Lei Complementar n. 12/2003	98
5.1.7.1 Quanto à União	98
5.1.7.2 Quanto aos Municípios	99
5.1.7.3 Quanto aos Estados	100
5.1.7.4 Da cooperação entre os entes federativos	100
5.1.7.5 Da conclusão sobre a análise do projeto de lei	101
5.1.8 Da atuação dos entes federativos em face da legislação existente	102
6 DAS POSSIBILIDADES APONTADAS PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ..	105
6.1 Licenciamento múltiplo – baseado tão-somente na alegação de interesse	105
6.2 Licenciamento exclusivo pelos Municípios	107
6.3 Licenciamento exclusivo com base na predominância do interesse	113
6.3.1 Do não cabimento do princípio da predominância do interesse para a determinação da competência administrativa comum em matéria ambiental	115
6.4 Licenciamento único de caráter complexo	118
6.4.1 Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama	118
6.4.2 Da atuação conjunta e cooperada de todos os entes federativos	120
CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	130
ANEXO	139

INTRODUÇÃO

A relação entre o ser humano e o meio ambiente é ambígua. Existe, evidentemente, a necessidade de exploração dos recursos naturais para que o homem desenvolva suas faculdades visando o progresso. Essa relação, entretanto, ultrapassa a barreira do que é necessário para a sobrevivência humana. O homem, em sua evolução, deixa de consumir o que é apenas necessário e passa a ser consumista no sentido pejorativo da palavra. Ao perceber que esse consumo é desproporcional ao necessário, além de ser feito de forma degradante, recorre ao Direito para resolver mais esse problema social.

Nessa atuação, o ser humano figura como o ser principal tanto da repreensão da prática como do cometimento dos danos. É, portanto, o centro da relação. Logo, o que se busca não é a defesa da fauna e da flora diretamente, mas a defesa do próprio homem. A preservação do meio ambiente é necessária para a existência humana, configurando-se, portanto, o que chamamos de direito de terceira geração, ao lado do direito à paz mundial.

Os direitos individuais de primeira geração, bem como os sociais e econômicos de segunda geração, ambos importantíssimos para alcançarmos o bem comum, de nada servem se não existe o homem. Os direitos de terceira geração surgem com a finalidade de garantir a sua existência digna, num mundo em que os conflitos armados são permanentes, e o meio ambiente é utilizado indiscriminadamente.

Diante do quadro pintado, a sociedade passa a exigir do Poder Público, por meio do Direito, uma atuação preventiva e repressiva na tutela ambiental. O objetivo é equilibrar a utilização das potencialidades do meio ambiente em face da necessidade do homem na busca do desenvolvimento. É o que denominamos desenvolvimento sustentável.

A atuação preventiva do Poder Público na defesa do meio ambiente é, em regra, atividade administrativa. Ocorre mediante a identificação de possíveis danos ao meio ambiente por atividades e empreendimentos pretendidos. No Brasil, possuímos como ferramenta o licenciamento ambiental.

O licenciamento ambiental, instrumento previsto na Lei n. 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, trata-se de processo administrativo no qual serão analisadas todas as interfaces da atividade ou empreendimento pretendido. Nesse processo, a finalidade é verificar até que ponto os danos ambientais são aceitáveis para o local em que ocorrerá a atividade. Só deverá ser aceito o pedido de licenciamento pelo Poder Público se houver uma equalização entre os danos e benefícios sociais do empreendimento ou atividade que são pretendidos.

Assume, portanto, papel de destaque na tutela ambiental, pois a necessidade de prevenção dos danos ambientais é maior do que a de repressão ocorrida após a identificação do dano mediante fiscalização e sancionamento. A lógica é de fácil identificação. Existem atividades que por sua natureza degradam o meio ambiente e limitam a sua regeneração. É o caso da exploração de jazidas minerais. Retirado o minério, mesmo decorridos milhões de anos, aquele local não mais existirá da forma originária, ou seja, não há possibilidade de regeneração.

A Constituição Federal de 1988 no seu art. 225 determinou que é dever do Poder Público e da coletividade defender e proteger o meio ambiente. A Lei n. 6.938/1981 recepcionada pela Magna Carta traz como instrumento na busca da tutela ambiental o licenciamento.

A utilização do referido instrumento deve observar a quem pertence a competência. Vivemos em um Estado Federal no qual existem 5.660 Municípios, 26 Estados-membros, 1 Distrito Federal e a União, ambos centro de poderes autônomos que atuam administrativa e legislativamente na defesa do meio ambiente.

O art. 23 da CF prevê a competência comum, ou seja, que todos os entes federativos deverão atuar na proteção do meio ambiente. Essa sistemática proposta pela Constituição gera uma série de problemas, fruto do conflito entre os entes no processamento do licenciamento.

Visualizamos, na prática, formas diferentes de interpretar a legislação em vigor, propostas pela reduzida doutrina e rara jurisprudência existentes em relação ao tema.

A nossa intenção na elaboração desta dissertação não é esgotar o tema proposto, apontando dessa forma uma única solução para o problema. No Direito, posições doutrinárias devem ser analisadas e respeitadas pelo operador em sua lógica. Isso não significa que a posição que concordamos seja a mais acertada, nem a que discordamos seja a incorreta. O Direito trabalha com o homem em sociedade, por isso possui como característica a historicidade, ou seja, a variação no tempo e no espaço dos aspectos humanos. Isso influencia a sua aplicação. Isso faz com que não seja rara a mudança de rumos da doutrina e jurisprudência diante de um dilema.

Contudo, no decorrer do trabalho e na obrigação que sentimos de expressar nossa opinião, tendemos muitas vezes a acatar com maior afinco uma posição em detrimento de outra. Mas repetimos: não significa ser a posição mais acertada para todos que analisarem a questão.

O trabalho está dividido em três grandes blocos. No primeiro, composto pelos Capítulos 1 e 2, trataremos, propedeuticamente, da relação do homem com o meio ambiente, bem como do licenciamento ambiental. Nesse momento, a intenção não é esgotar o tema, mas demonstrar a importância do meio ambiente e os principais aspectos do licenciamento ambiental, que é um instrumento importante para sua defesa e conseqüente preservação. Demonstraremos ainda, no final desse bloco, a problemática em tela mediante a exposição teórica e de casos fáticos.

No segundo bloco, composto pelos Capítulos 3 e 4, observaremos toda a sistemática da forma de Estado Federal adotada pelo Brasil e prevista na Constituição Federal nos arts. 1º e 18, o que é essencial, pois a distribuição de

competência configura-se como ponto crucial e determinante da estrutura dessa forma de Estado. Faremos uma análise histórica e aprofundada sobre o tema, o que acreditamos permitir que se tenha mais clareza no sentido legislativo, jurisprudencial e doutrinário.

No terceiro bloco, que envolve os Capítulos 5 e 6, analisaremos, primeiro, todas as normas em vigor acerca do assunto, bem como a Lei Complementar n. 12/2003, em tramitação no Congresso Nacional, que tem por objetivo, segundo o que dispõe o parágrafo único do art. 23, delimitar a forma de atuação comum entre os entes federativos. Após essa análise e por último, apontaremos as soluções identificadas na doutrina e na jurisprudência que visam solucionar o problema foco desta dissertação.

Assim, respeitando todas as posições apontadas e resguardada a nossa em particular, pretendemos ao menos traçar um “norte” na busca da melhor solução para a questão levantada.

1

O MEIO AMBIENTE E SUA TUTELA JURÍDICA**1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE**

No Brasil, no final do século XX, houve uma mudança profunda na forma de pensar o meio ambiente. O desenvolvimento desorganizado e suas conseqüências imediatas, no que tange à degradação ambiental, fizeram com que o legislador atuasse mais firmemente na criação de um ordenamento que regulasse as atividades e empreendimentos que oferecem risco ao meio ambiente.

Nesse contexto foi imposto, mediante o texto do art. 225 da CF de 1988¹, ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente.

Antes dessa reação, o direito de propriedade era tido como o grande entrave à criação de uma legislação ambiental, uma vez que nosso ordenamento o considerava excessivamente um direito de ordem privativa e inatingível. No início do século passado, quase nada coibia o desmatamento, a poluição, enfim, o desequilíbrio ambiental.

Atualmente, entretanto, o direito ambiental representa a derrocada da concepção privada do direito de propriedade, a tal ponto que já é possível invocarmos um novo conceito de propriedade, que tem por objetivo alcançar a função social. Corroborando essa idéia, o dr. Adilson Abreu Dallari ensina:

“Avulta, portanto, a importância do Poder Judiciário para corrigir uma jurisprudência, em matéria de propriedade, fracamente conservadora, fundada numa concepção estritamente individualista. Já a nossa legislação fortalece uma definição do conceito de função social da propriedade, permitindo que se leve em consideração, além dos interesses do

¹ Art. 225 da CF: “Todos têm direito ao 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”.

proprietário – que há de se ressaltar, são legítimos e consagrados pela ordem jurídica —, também os interesses da coletividade”².

A concepção antiga em torno da questão coloca de um lado a ordem que visa o desenvolvimento humano e de outro a preservação ambiental. É indiscutível a imprescindibilidade dos recursos naturais para que o ser humano desenvolva suas potencialidades e promova o desenvolvimento.

Contudo, a concepção mudou. O que se busca na ordem atual é o desenvolvimento sustentável, que representa o equilíbrio entre o desenvolvimento e a preservação ambiental.

Evidente que a degradação ambiental em algumas atividades é esperada e aceitável até determinada escala³. O importante é prevenir ao máximo os danos ambientais em atividades exercidas pelo ser humano. Uma vez ocorrido o dano, sua reparação geralmente é bastante lenta e pode prejudicar uma geração inteira. E ainda, em outras atividades, o dano pode ser irreversível.

Para possibilitar a utilização sustentável dos recursos naturais, há de se equilibrar a balança. De um lado, a necessidade do homem em relação à natureza; do outro, o uso da mesma de forma racional mediante fiscalização do Estado.

Decisão do Supremo Tribunal Federal emanada pelo ministro Celso de Mello dispõe sobre o desenvolvimento sustentável da seguinte forma:

² DALARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coord.). *Estatuto da cidade. Comentários da Lei Federal n. 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19-20.

³ Jair Lima Gevaerd Filho, ao tratar da conceituação de meio ambiente, deixa clara a idéia de que este deve ser protegido não de forma imobilista, mas interativa com o homem, ou seja, utilizado equilibradamente. Vejamos: “Se partirmos do conceito imobilista, estreito e parcial, que elege como princípio fundamental a conservação em estado natural e intocado da fauna e da flora, podemos encontrar motivação para a interdição de toda e qualquer transformação antrópica da natureza. A prevalecer, às últimas conseqüências, tal posição, é imperativo que se destruam as cidades para que nelas a fauna e a flora voltem a existir em seu estado de natureza primitivo! Porém, se ao contrário, partirmos do conceito de meio ambiente como um conjunto de interações físicas, biológicas, sociais e econômicas, dentro de um determinado espaço geográfico, poderemos chegar à aferição, em um caso concreto, da medida do razoável”. (*Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente*. Curitiba, Instituto de Terras, Cartografia e Florestas 2/16, 1987.)

“O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrer situações de conflitos entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”.⁴

O direito ao meio ambiente é um direito de terceira geração. Alexandre de Moraes afirma que “(...) protege-se constitucionalmente como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado (...)”.⁵

Classifica-se o direito ao meio ambiente no rol dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos à liberdade e à igualdade que possuem a mesma feição de solidariedade e fraternidade que envolve os direitos de terceira geração. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “o sentimento de estarmos, todos nós, ‘abordo do mesmo barco’, fustigados por ameaças e tribulações globais, nos faz, necessariamente, solidários uns aos outros”.⁶

A posição do direito ao meio ambiente como direito fundamental é possível em face da sistemática da cláusula aberta existente no art. 5º, § 2º, da CF, que possibilita o ingresso de direitos humanos, e aí incluído o direito ao meio ambiente equilibrado para que o homem desenvolva suas potencialidades dignamente, no rol de todos os direitos fundamentais expostos no referido dispositivo.

⁴ ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 26-27.

⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella; NASCIMENTO, Firly. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 182-183. A autora ainda expõe que “o Supremo Tribunal Federal traz a baila a solidariedade como um dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, cujo objetivo visa beneficiar a sociedade como um todo”. E nesse sentido considera “o dever de respeito à integridade do meio ambiente (art. 225 da CF/88) como um ‘típico direito de terceira geração’ que consagra o princípio da solidariedade e constitui um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos” (p. 184).

José Afonso da Silva, em relação ao direito ambiental como direito fundamental, nos ensina que:

“As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as de iniciativa privada”.⁷

“A preservação ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e a manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana”⁸.

O meio ambiente é definido pelo direito positivo na Lei n. 9.638/1981 como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações, de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.⁹ Paulo Afonso Leme Machado entende que o conceito legal é “amplo, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege”.¹⁰ Sem dúvida, o conceito é abrangente, e parece ter sido a idéia do legislador visando alcançar todas as possibilidades nessa matéria.

Doutrinariamente adotamos aqui a definição de José Afonso da Silva, segundo o qual o “meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.¹¹

Importante frisar que o meio ambiente é direito fundamental, e por isso observa-se em relação ao mesmo a aplicabilidade imediata, uma vez que os direitos fundamentais possuem essa feição, prevista no art. 5º, § 1º, da CF de 1988.¹²

⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 821.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, p. 58.

⁹ Art. 3º, I, da Lei n. 9.638/1981.

¹⁰ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 92.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 20.

¹² Art. 5º, § 1º da CF de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

1.2 O MEIO AMBIENTE E O HOMEM

O homem é parte integrante do meio ambiente e, conseqüentemente, ser que com ele interage. Para desenvolver suas atividades, dele necessita. O ar que respira, a água que bebe, o metal e a madeira que extrai, o alimento que retira, enfim, a vida digna só é possível com o meio ambiente equilibrado, onde todas as potencialidades do ser humano podem ser desenvolvidas.

Nesse sentido, a declaração de Estocolmo ocorrida em 1972¹³ configura-se como pilar essencial para essa política de desenvolvimento sustentável à medida que afirma categoricamente o direito e a obrigação do homem em preservar e proteger o meio ambiente não só para sua geração, mas também para as futuras. Essa idéia de preservação contínua ocorre em virtude da historicidade do ser humano, fruto da perpetuação da espécie.

Há quem vai além. É o caso de Claude Lévi-Strauss que, ao analisar a interação entre o homem e o meio ambiente, coloca em debate a idéia antropocêntrica que se tem na atualidade. Afirma o referido autor que os direitos do homem à vida digna são “reconhecidos à humanidade como espécie, encontram seus limites naturais nos direitos das outras espécies”. Assim, os direitos da humanidade encontram seus limites “no momento específico em que seu exercício põe em perigo a existência de outra espécie”. E conclui, afirmando que:

“Não se trata em ignorar que, como qualquer animal, o homem retira sua subsistência de seres vivos. Mas essa necessidade natural, tão legítima enquanto exercida a custa de indivíduos, não deveria ir até a extinção da espécie a que eles pertencem. O direito à vida e ao livre desenvolvimento das espécies vivas ainda representadas sobre a Terra pode ser o único a declarar imprescritível, pela muito simples razão que a desapareção de uma

¹³ Sobre a garantia de um meio ambiente saudável para as presentes e futuras gerações, assim dispõe a declaração de Estocolmo: “O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar tendo uma solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento”. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/cip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2006.

espécie qualquer cria um vazio, irreparável à nossa escala, no sistema de criação”.¹⁴

Arthur Soffiati, ao analisar filosoficamente a questão, conclui que é cedo para afirmarmos quais serão as conseqüências da degradação ambiental a longo prazo, eis que a natureza possui alta capacidade de regeneração. Contudo, é firme ao apontar os perigos da relação desequilibrada entre o desenvolvimento acelerado e a destruição ambiental. Nesse sentido, expõe que:

“(…) caso os ecossistemas econômicos construídos pela humanidade a partir da revolução industrial e ainda fumegando a pleno vapor sejam capazes de romper os mecanismos de auto-regulação de Gaia, instaura-se novamente a possibilidade de uma crise estrutural cujos horizontes não podem ser previstos. Cumpre observar, não obstante, que as perspectivas não são nada otimistas”.¹⁵

O homem, levado pelo espírito consumista e pela gana de poder, muitas vezes não conhece limites. É o que ocorreu nos campos de concentração da Alemanha, e o que ocorre atualmente na guerra travada entre Ocidente e Oriente pelas reservas de petróleo. Para alcançar seus objetivos de “desenvolvimento”, é capaz de destruir o próximo e de autodestruir-se.

É importante salientar que nada existe de desenvolvimento no que o homem faz nessa corrida desesperada pelo poder baseado no ter. É esse o pensamento de Leonardo Boff¹⁶. Para o autor, “(…) uma sociedade ou um processo de desenvolvimento possui sustentabilidade quando por ele se consegue a satisfação de necessidades, sem comprometer o capital natural”. Trata-se, na realidade, de um

¹⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. Reflexões sobre a liberdade. In: *O olhar distanciado*. Lisboa: Edições 70, [19-?]. p. 390.

¹⁵ Seu estudo é bem interessante, pois alerta para uma situação de caos. Conclui que a relação destrutiva do homem com tudo que está ao seu redor tem de ser modificada sob pena da possibilidade de autodestruição do mesmo. (SOFFIATI, Arthur. Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação. In: *Educação ambiental: repensando a cidadania*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 48-50.

¹⁶ O autor afirma que: “Não existe desenvolvimento em si, mas sim uma sociedade que opta pelo desenvolvimento. Dever-se-ia falar de sociedade sustentável ou de planeta sustentável como pré-condições indispensáveis para um desenvolvimento verdadeiramente integral. Sustentável é a sociedade ou o planeta que produz o suficiente para si e para os seres dos ecossistemas onde ele se situa; que toma da natureza somente o que ela pode repor; que mostra um sentido de solidariedade geracional, ao preservar para as sociedades futuras os recursos naturais de que elas precisarão”. (BOFF, Leonardo. *Saber cuidar. Ética do humano: compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 137, especialmente p. 198.

falso e enganoso desenvolvimento. Um desenvolvimento limitado e limitador. Limitado, pois possui como barreira a capacidade da natureza de fornecer o que seja necessário para essa corrida desenfreada. E limitador, no sentido de que é o principal causador da falta de recursos naturais.

Hannah Arendt entende que o homem condicionou sua vida além das necessidades que lhe foram oferecidas em abundância pela natureza. E por isso, é um ser consumista, e tudo que com ele interage e lhe é interessante é passível de consumo excessivo, mesmo que não essencial à sua sobrevivência. E nesse sentido, afirma que:

“Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na Terra e, até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana, ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana”.¹⁷

Na concepção arendtiana para o “*animal laborans*, a natureza é a grande provedora de todas as ‘coisas boas’, que pertencem igualmente a todos os seus filhos, que ‘(as) tomam de suas mãos’ e se ‘misturam com’ elas no labor e no consumo”. Enquanto por outro lado na realidade humana atual “aos olhos do *homo faber*, construtor do mundo, ‘fornece apenas os materiais que, em si, são destituídos de valor’, pois todo o seu valor reside no trabalho que é realizado sobre eles”.¹⁸

¹⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 18.

¹⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 147. Segundo Arendt, o homem deixou de ser apenas um consumidor de necessidades e passou a ser um consumista que não se contenta apenas com o que necessita. Nesse sentido, “a tecnologia e a ciência moderna, que já não se contentam em observar ou colher materiais da natureza e imitar-lhe os processos, mas parece realmente atuar sobre seu próprio cerne, aparentemente introduziram a irreversibilidade e a imprevisibilidade humanas no reino da natureza, onde não há remédio para desfazer o que foi feito” (p. 250). Discordamos apenas da última frase, pois acreditamos que muitas vezes a natureza se reconstitui. É bem verdade que existem danos irreparáveis como uma rocha que é extraída de uma jazida, por exemplo. A possibilidade de que ela se forme novamente exige bilhões de anos, e é bem provável que não se formará da mesma forma. Isso, se realmente ocorrer, pois o homem pouco conhece desses efeitos que envolvem um tempo infinitamente maior que sua própria vida. O autor alerta ainda para os efeitos dessa forma de agir do homem. “Da mesma forma, parece que um dos grandes perigos de se empregar os métodos de fabricação e de se adotar sua categoria de meios e fins existe na concomitante eliminação dos remédios que só se aplicam ao caso da ação, de modo que o homem é obrigado não só a fazer através da violência necessária a toda fabricação, mas também a desfazer o que fez por meio da destruição, como se destrói uma obra malsucedida. Nada é tão evidente nessas tentativas quanto a grandeza do poder humano decorrente da capacidade de agir e que, sem os remédios inerentes à ação, passa inevitavelmente a subverter e a destruir não o próprio homem, mas as condições nas quais a vida lhe foi dada” (p. 250).

É, portanto, o *homo faber* o responsável pela relação de desequilíbrio no consumo dos recursos naturais. E o desafio é frear essa utilização discriminada da natureza, pautada muitas vezes pela utilização compulsiva e exagerada dos seus fomentos.

Acreditamos ser possível essa empreitada, mas há de se observar uma série de pressupostos. O homem tem de se ver livre desse ciclo vicioso de consumo em que povos são subjugados e classes exploradas. É necessário partir de uma feição ética do meio ambiente, em que a solidariedade entre os homens garanta uma qualidade de vida digna não só para as gerações presentes, mas também para as futuras. E nesse desiderato, a educação ecológica é essencial à medida que prepara a humanidade para um consumo racional dos recursos ambientais com fontes alternativas e menos degradantes.

Como bem nos ensina, entretanto, a sociologia jurídica, a educação por si não é suficiente para estancar uma situação que já ocorre e que se faz necessária de controle. A degradação ambiental tem de ser freada. Alerta a esse problema, o ser humano começa paulatinamente a regular sua atuação, limitando legislativamente seu comportamento em face da matéria. Essa limitação é seguida de coercibilidade tanto no campo cível quanto no campo penal, o que não poderia ser diferente. O Direito age dessa forma na tutela do meio ambiente, pois como assevera Jacy de Souza Mendonça, o *poder de polícia* é necessário e deve se basear na norma jurídica. Vejamos o que nos expõe o referido autor:

“Ninguém pode compelir o outro a praticar determinado ato moral, ou ser compelido a fazê-lo, assim como ninguém pode compelir o outro a obedecer a determinada regra de etiqueta, ou ser obrigado a cumpri-la. Só a norma jurídica tem essa virtualidade. Vitimado por uma ação ou omissão contrárias a um imperativo jurídico positivo, o prejudicado pode invocar da autoridade policial ou judiciária o exercício do *poder de polícia* para fiscalizar o cumprimento da lei ou punir as infrações contra seu preceito”.¹⁹

E assim surge uma série de instrumentos propostos pelo ordenamento jurídico pátrio. A ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção são

¹⁹ MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 89.

exemplos de instrumentos jurídicos à disposição da defesa do meio ambiente. Administrativamente, com base no *poder de polícia*, temos o licenciamento ambiental, que assume função preventiva, visando impedir que a degradação ocorra. É o que nos interessa e estudaremos com mais afinco, após tratarmos a seguir do *poder de polícia* que lhe fundamenta.

1.3 O PODER DE POLÍCIA COMO CONDICIONANTE DA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS AMBIENTAIS

Ao tratarmos de poder de polícia, temos a idéia de duas situações opostas: de um lado, a administração pública, e de outro, o particular. O particular visando exercer livremente todas as atividades que entende necessárias, e a administração pública limitando, contrariamente, sua atuação em favor do bem-estar social. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que: “Praticamente, todo o direito administrativo cuida de temas em que se colocam em tensão dois aspectos opostos: a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual”.²⁰

A liberdade individual em relação à utilização dos recursos ambientais, como vimos, deve ser limitada. Surge a importância do Estado para tanto, que através do poder de polícia irá limitar a atuação do indivíduo em padrões tais que a degradação do meio ambiente não ocorra ou, ao menos, seja mitigada. Di Pietro afirma que o “poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Legislativamente, encontramos no art. 78 do Código Tributário Nacional o conceito de poder de polícia. Essa definição existe nesse instrumento normativo por ser fundamento da cobrança de taxas. Vejamos a definição:

“considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de

²⁰ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 125.

concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos”.

Importante salientar que a própria Administração Pública nas atividades que exerce com fins ao interesse coletivo pode figurar como pólo ativo da degradação do meio ambiente. Sendo assim, é passível de fiscalização pelos demais entes federativos e pela coletividade. O tema é polêmico, não compreendendo nosso foco, além de merecer estudo aprofundado, o que não nos impede de citar Paulo Vitor Fernandes que corrobora esse entendimento:

“Embora atividade (*poder de polícia*) exercida pelo Poder Público, não está vinculada apenas contra os particulares, mas também contra o próprio órgão administrativo.

Com efeito, deve a Administração Pública, em cumprimento às suas finalidades institucionais, realizar procedimento autofiscalizatório, ou seja, deverá vigiar e até mesmo sancionar condutas praticadas por outros organismos públicos como, por exemplo, usinas nucleares”.²¹

São apontadas a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade como características do poder de polícia.

Quanto à discricionariedade paira uma dúvida: o Poder Público está obrigado a agir em relação à tutela ambiental, ou pode agir quando lhe convier e for oportuno?

Hely Lopes Meirelles entende que o poder de polícia consiste numa faculdade que cabe à Administração Pública exercer. Assim, dispõe: “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.²²

Não obstante a clareza da definição do referido autor, acreditamos que em relação ao meio ambiente não se pode falar em *faculdade*. A Constituição Federal de 1988 deixou claro, no art. 225, que a proteção do meio ambiente é *dever do poder público e da coletividade*. Sendo dever e havendo distribuição de competência

²¹ FERNANDES, Paulo Vitor. *Impacto ambiental: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2005. p. 56.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 115.

para todos os entes da federação em relação à matéria (art. 23, VI e VII), não podemos corroborar a idéia do autor citado acima. Não entendemos ser uma faculdade a defesa do meio ambiente.

E ainda, em se tratando de licenciamento ambiental, devemos observar que existe norma geral que lhe prevê. O art. 10 da Lei n. 9.638/1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, determina que as atividades potencialmente causadoras de danos ambientais deverão ser licenciadas previamente. Apesar de não concordarmos com a distribuição de competências que essa lei dispõe, e que será objeto de profunda observação mais adiante, entendemos que se trata de uma norma geral e, por isso, de observância obrigatória por todos os entes da federação. Portanto, o referido instrumento normativo legitima todos os entes da federação a exercer o poder de polícia ambiental no que tange ao licenciamento.

É importante salientar que faculdade não se confunde com discricionariedade. Adilson Abreu Dallari, ao tratar da competência discricionária, nos ensina que:

“Toda norma que confere uma competência a uma dada autoridade também impõe, a essa mesma autoridade, o dever de exercê-la. Vale dizer que a competência é sempre um poder/dever, pois toda competência é instrumental. Na verdade, em função da necessidade de realização de um interesse público, é que a norma confere à autoridade poderes para atuar nesse sentido. Não existem prerrogativas puras, não existe a opção entre agir ou não agir. Quando a autoridade competente deixa de atuar, se omite, já cometeu um ilícito administrativo”.²³

É importante nesse momento a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”.²⁴

²³ DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio de poder. In: GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto; LIMA, Liana Taborda. (Coord.). *Abuso de poder no estado na atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 3.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 902.

A discricionariedade não legitima qualquer conduta do agente público. É dever da Administração adotar a melhor conduta para o caso em análise. Da mesma forma, a Administração Pública não pode deixar de agir com base na discricionariedade. *Havendo o fato gerador da atuação, outra não pode ser sua ação a não ser adotar alguma posição em relação ao caso em tela.*

Por isso, entendemos que em relação ao meio ambiente a atuação da Administração Pública é um poder/dever. Não resta discricionariedade no que tange à sua ação. Havendo a previsibilidade do dano, ou o dano em si, deve agir de pronto conforme dispõe o art. 225 da Magna Carta de 1988.

Óbvio que sua forma de agir será discricionária, levando-se em conta o caso concreto e a previsão legal na sua esfera administrativa. Nunca poderá, todavia, deixar de agir, sob pena de configurar omissão em relação ao dever que lhe cabe de defender o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Conclui Adilson Abreu Dallari que, diante da situação fática, o Poder Público competente, discricionariamente, “não está autorizado a adotar qualquer conduta, mas, sim, tem o dever de desvendar e adotar o único comportamento que as circunstâncias indicarem como o mais adequado”.²⁵

A auto-executoriedade, segunda característica do poder de polícia, configura-se na possibilidade da Administração Pública executar suas decisões, produzindo os efeitos desejáveis para alcançar seus fins, sem que para tanto tenha de passar pelo crivo do Poder Judiciário. Em relação ao meio ambiente, a característica em tela assume papel de grande importância. Os danos ambientais ocorrem rapidamente e na mesma velocidade devem ser reprimidos, sob pena de irreparabilidade. Para tanto, embargar empreendimento, negar ou caçar licenças ambientais configuram atos fundamentados pela auto-executoriedade e de suma importância para a eficaz preservação ambiental.

²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio de poder, p. 4.

A coercibilidade, por sua vez, é umbilicalmente ligada à auto-executoriedade. Jacy de Souza Mendonça nos ensina que a “coercibilidade é um momento dinâmico, relativo à presença da força no Direito, específico do Direito Positivo, pois não existe nem na Ética, nem na etiqueta”.²⁶ Sem coercibilidade não há auto-execução, pois bastaria a negativa do particular em cumprir a ordem emanada do agente público para não existir eficácia. Para auto-executar alguma atividade é necessário haver coerção quando necessário. Importante salientar que a coercibilidade deve ser prevista legislativamente. Sem sua previsão, não se pode aviltar seu uso pela administração. Isso caracterizaria conduta atípica e abusiva.

O poder de polícia ambiental pode ser exercido tanto preventivamente quanto repressivamente. O licenciamento ambiental é um exemplo tipificado da atuação preventiva. É, salvo melhor entendimento, mais importante do que o exercício do poder de polícia repressivo em matéria ambiental, pois na atuação preventiva o dano ainda não existe e a possibilidade de evitá-lo ou mitigá-lo é grande, se observado um processo de licenciamento eficiente. Nota-se, portanto, que o poder de polícia é fundamento da atuação do Poder Público no licenciamento ambiental, o qual passamos a estudar.

²⁶ MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao estudo do direito*, p. 89.

2

LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Importante esclarecer que nossa intenção nesta dissertação é tratar com maior afinco do ponto principal, ou seja, da distribuição de competência em relação ao licenciamento ambiental. Por esse motivo, não temos a pretensão de esgotar todas as situações jurídicas que envolvem o licenciamento ambiental. Trata-se, portanto, apenas de uma questão de prioridade.

Não obstante essa perspectiva, serão abordados pontos que consideramos essenciais para dar robustez e equilíbrio ao desenvolvimento do tema. Assim, passamos a analisar neste capítulo aspectos gerais e específicos do licenciamento ambiental.

2.1 ASPECTOS GERAIS

Celso Antônio Pacheco Fiorillo define o licenciamento ambiental como um “instrumento de caráter preventivo de tutela do meio ambiente”.²⁷ Indiscutível nesse sentido a sua importância na defesa do meio ambiente equilibrado. Édis Milaré, ao conceituar, aponta essa importância:

“Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que por meio dele busca a Administração Pública exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico. Daí sua qualificação como ‘instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente’”²⁸.

²⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 66.

²⁸ MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 313.

O instrumento em estudo possui como fundamento o princípio da precaução. Como nos ensina Paulo Afonso Leme Machado, o princípio da precaução é observado na Alemanha desde a década de 1970. Eckard Rehbinder, citado pelo autor acima, afirma que:

“a Política Ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro”.²⁹

A Declaração de Princípios da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, no ano de 1992 (ECO/92), no seu princípio de número 15 assim dispõe:

“De modo a proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo suas capacidades. Em caso de riscos de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto pra procrastinar a adoção de medidas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”.³⁰

No Direito Positivado, o princípio da precaução está previsto implicitamente no art. 225 da CF, bem como em todos os instrumentos normativos infraconstitucionais que tratem de alguma forma de precaver danos ambientais.

O Poder Público, portanto, exerce função preventiva na preservação do meio ambiente por meio do licenciamento ambiental, o que, como anotamos, configura-se no exercício do poder de polícia. A Administração Pública não pode se negar a emitir a licença ambiental estando preenchidos todos os requisitos. A dra. Lúcia Valle Figueiredo entende nesse sentido “que as competências são deveres. Nunca será demais repetir que exercem os entes políticos, enumerados no artigo pré-

²⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 62; REHBINDER, Eckard. *Ambiente. Economia. Direito*. Milão: Rimini, Maggioli Editore, 1988. p. 205-221.

³⁰ Declaração de Princípios da *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, realizada no Rio de Janeiro, no ano de 1992, Princípio de n. 15. Tradução não oficial. Em inglês: In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according of their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

mencionado (art. 23 da CF), função. E função é atividade de quem não é dono, seu desempenho é obrigatório”.³¹

Na busca da tutela social, o poder público acautelando-se de danos futuros deve atuar de maneira preventiva. Com clareza, Álvaro Luiz Valery Mirra assim dispõe:

“(...) as agressões ao meio ambiente são, em regra, de difícil ou impossível reparação. Ou seja: uma vez consumada uma degradação ao meio ambiente, a sua reparação é sempre incerta e, quando possível, excessivamente custosa. Daí a necessidade de atuação preventiva para que se consiga evitar os danos ambientais”.³²

O licenciamento, portanto, é um ato estatal que tem por fim a preservação do meio ambiente, caracterizando-se inclusive como conduta criminosa a tentativa de instalação de atividade sem o imprescindível e prévio licenciamento, previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/98³³.

O licenciamento ambiental não é um simples ato administrativo. Na realidade, é uma decisão, fruto de um processo administrativo em que serão analisados todos os impactos da atividade pretendida. Logo, o órgão da administração pública, revestido de competência, verifica a possibilidade de instalação, funcionamento e operação de atividades que possivelmente podem causar degradação ambiental.

A Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997, editada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente, define o licenciamento ambiental no art. 1º, I, como:

“Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, ou daquelas que, sob

³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Palestra transcrita do 2º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, em 5 maio 2004.

³² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, n. 2, 1996, p. 61.

³³ Lei n. 9.605/98, art. 60: Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:
Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”.

Aqui devemos observar a nossa predileção pelo termo *processo administrativo*, contrariando a posição adotada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) na criação da resolução citada. Bem verdade que as conseqüências práticas da adoção do termo *processo* ou do termo *procedimento* não existem. É apenas uma questão de escolha da melhor terminologia. Ocorre que devemos nos preocupar em passar a idéia correta do que se pretende expor.

Nesse diapasão, uma parte da doutrina conceitua como *processo* apenas aquele de cunho jurisdicional, decidido pelo Poder Judiciário, enquanto adota-se o termo *procedimento* para o que aqui consideramos *processo administrativo*, ou seja, aquele que ocorre sob a égide da Administração Pública.

Essa diferenciação cria, por um lado, uma contradição na intenção de alcançar um sentido unívoco nas expressões que pretendemos expor. O articulador do direito as maneja com facilidade. A sociedade, porém, fiel cliente da ordem proposta pelo Direito, pode encontrar dificuldade de compreensão. O desafio do Direito é dirigir-se à sociedade com clareza. Por isso, entendemos não haver necessidade nem fundamentações lógicas suficientes para adotarmos termos diferentes.

Corroborando nosso entendimento, Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz assim dispõem:

“Não se negue ao Direito – e logo ao início explicitamos nosso juízo – a possibilidade de, assumindo o linguajar comum, atribuir ao vocábulo, no contexto da ciência jurídica, um sentido diferente, a ela confirmado.

Mas a ele – Direito – se negue a possibilidade da contradição, da incerteza, da autofagia, enfim!

Dessa sorte, se algum dos ramos do Direito conceitua e baliza determinada idéia, não há como cientificamente defender que outro ramo da mesma ciência, mais tarde, resolva batizar realidade análoga com outra expressão! Ou, o que é pior, com mudança do conteúdo semântico amplamente aceito!”³⁴

³⁴ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.

E concluem que “por esse primeiro imperativo, de lógica formal, permitimo-nos ter por equivocado usar o título ‘procedimento administrativo’ para nominar, a um só tempo, o processo e o procedimento (em senso estrito) administrativo”.³⁵

A definição de processo administrativo é de certa forma bem simples. Envolve inicialmente uma série de atos motivados que tem por objetivo alcançar uma determinada finalidade, ou seja, a decisão da Administração. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define a expressão como “a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração”.³⁶ Acreditamos que a definição apresentada pela autora é restritiva. O processo não compreende apenas os atos preparatórios, mas também, e principalmente, a sua decisão final. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz definem o processo administrativo de uma maneira mais abrangente:

“uma realidade maior. O todo, panoramicamente identificado num conjunto, teleologicamente concebido, que parte de uma provocação ou requerimento e, por consequência inelutável, caminha, mediante a prática de atos instrumentais, para a produção do resultado inevitável, qual seja, a decisão; uma realidade atomizada, concretizada no caminho que vai do início ao fim do processo, isto é, exatamente na série de atos, encadeados lógica e juridicamente”.³⁷

O objetivo do licenciamento ambiental é a verificação de que certa atividade está dentro dos padrões de conservação ambiental. O procedimento é conduzido pelo poder público, mais especificamente pelo Poder Executivo, o qual se fundamenta no poder de polícia para regular o exercício de atividades privadas e que, por utilizar recursos ambientais de forma a degradar o meio ambiente, merecem a análise do Estado.

2.2 ETAPAS ADOTADAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Importante salientar que a licença ambiental em regra não é única, mas composta. O legislador foi cauteloso, determinando para cada etapa do

³⁵ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p. 34.

³⁶ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, p. 600.

³⁷ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p. 32.

empreendimento uma licença específica. O dr. Daniel Roberto Fink, em sua obra, baseada na Resolução Conama n. 237/97, aponta três processos específicos que culminará cada um numa licença específica. São elas:

“Licença Prévia – permissão para instalar, fase preliminar do projeto;

Licença de Instalação – início da implantação, verificando-se se está de acordo com a licença anterior;

Licença de Operação – autoriza o funcionamento da atividade, ainda de acordo com as licenças anteriores”.³⁸

Referidas etapas, adotadas pelo doutrinador acima citado, tem por base o que dispõe o art. 8º da Resolução n. 237/97. Concluímos mais à frente que a resolução é inconstitucional. Isso ocorre basicamente, pois contraria a autonomia dos entes federativos em dispor do processo que melhor lhe convém. Adiantamos que o processo administrativo proposto pela resolução não é de cunho obrigatório para os entes federativos. Sustenta-se essa idéia, pois a autonomia dos demais entes tem de ser observada.

Contudo, os entes federativos em sua maioria vêm adotando o referido rol de etapas por livre vontade. Nota-se que se trata de uma multiplicidade de licenças, sendo que para alcançar cada uma há um processo administrativo específico, com exigências próprias. Os requisitos para a licença prévia, por exemplo, são diferentes e mais brandos do que o da licença de instalação.

Logo, são três processos administrativos. Para cada um há uma série de atos concatenados que culminam numa decisão específica. Assim, há independência de resultados. Quem consegue a licença prévia não tem a garantia de que conseguirá a licença de instalação. Cada licença destina-se a uma finalidade.

Basicamente, e apenas com intuito acadêmico, podemos levar em consideração a divisão demonstrada acima. Na prática, as etapas do licenciamento podem ser mais numerosas e complexas.

³⁸ FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 32.

Portanto, a referida resolução não é exaustiva, determinando os limites temporais e as etapas básicas, sendo que cada ente federativo poderá implementar, modificar e excluir etapas, determinando seus próprios prazos específicos de acordo com sua conveniência e interesse. Nesse sentido, o próprio diploma no art. 12 dispõe que “o órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade (...)”.

Levando-se em conta o contexto introdutório, discorreremos sem maiores preocupações técnicas sobre cada etapa disposta pela na Resolução n. 237/97. Alertamos que os processos a seguir estão em consonância apenas com a resolução em tela, podendo existir outro de acordo com a vontade de cada ente federativo.

2.2.1 Licença prévia

A Licença Prévia é aquela concedida na fase preliminar do empreendimento. Nessa etapa serão analisadas principalmente a localização, ou seja, o espaço em que a atividade ocorrerá, e sua concepção, incluindo-se nesse tocante o objeto da atividade pretendida.

O Poder Público verificará a viabilidade do que se pretende, principalmente levando-se em conta o local em que será instalado, e estabelecerá requisitos a serem observados e atendidos nas próximas etapas.

É o primeiro contato da administração pública. Nesse sentido, não sendo encontrado nenhum obstáculo que atente contra o meio ambiente equilibrado, deverá ser concedida a licença.

O órgão ambiental solicitará do empreendedor os documentos, projetos e estudos ambientais que julgar necessários ao início do processo de licenciamento, os quais devem ser apresentados na requisição da licença, dando-se a devida publicidade.

Não obstante a importância dessa etapa e os cuidados para não incorrer em erros, o órgão competente deve atentar para o fato de não exigir documentos impossíveis de serem elaborados ou conseguidos nesse momento, o que dificultaria, ou até mesmo obstaría o regular andamento procedimental. Na prática, muitas vezes, observamos exigências absurdas que causam danos irreparáveis ao empreendedor e conseqüentemente à ordem econômica, obstando o empreendimento sem uma motivação justa.

A análise de todos os documentos exigidos deve ocorrer num prazo máximo de 06 (seis) meses, segundo a resolução. Dentro desse prazo, entendendo necessário, o órgão competente procederá à vistoria técnica no local. É uma atitude coerente e de bom senso para que se tenha uma idéia bem formada da situação sob análise.

Após esse estudo, deverá ser emitido um parecer técnico, e quando houver necessidade, um parecer jurídico, apresentando objetivamente a análise de todos os aspectos envolvidos. Apesar do parecer jurídico ser optativo, entendemos que na maioria das situações ele faz-se necessário, para enriquecer e aprofundar o estudo, gerando mais segurança na decisão a ser tomada.

A licença prévia terá prazo de validade não superior a 05 (cinco) anos e, no mínimo, aquele estabelecido no projeto relativo ao empreendimento apresentado pelo requerente. Uma vez deferida a Licença Prévia, o empreendedor estará apto a requerer a Licença de Instalação.

2.2.2 Licença de Instalação

A Licença de Instalação visa a autorização para instalar a atividade ou iniciar a construção do empreendimento. Nesse momento, será analisada a viabilidade de acordo com o programa e o projeto de instalação ou construção, verificando se o dano ambiental pode ser controlado, ou melhor, mitigado, dentro dos padrões de aceitação.

Logo deve conter um projeto bem claro no sentido de como ocorrerão as obras, em que prazo e suas demais condicionantes, as quais constituem motivo determinante para o deferimento do pedido.

Da mesma forma que a Licença Prévia, o requerimento da Licença de Instalação deverá ser analisado pelo órgão competente num prazo máximo de 06 (seis) meses.

Seu prazo de validade não será superior a 06 (seis) anos, devendo ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos.

No mais, serão observados todos os procedimentos descritos anteriormente no caso da Licença Prévia, até culminar no deferimento ou não do pedido.

Uma vez autorizado ou instalado ou construído o projeto, estando apto para entrar em funcionamento, deverá ser solicitada a Licença de Operação.

2.2.3 Licença de Operação

No procedimento de análise do pedido da Licença de Operação, o objeto de verificação do Poder Público será o efetivo cumprimento de todas as exigências das etapas anteriores, bem como as medidas de controle ambiental e as condicionantes de operação descritas no projeto apresentado junto com o requerimento.

Nesse momento, o Poder Público deve atentar para os danos que a operacionalização da atividade poderá causar ao meio ambiente. Estabelecer condicionantes para mitigar os danos, faz parte da decisão administrativa no ato de emissão da licença. Por isso, é necessária a análise bem detalhada do projeto de funcionamento.

O prazo de validade dessa última licença será de, no mínimo, 04 (quatro) anos, e, no máximo, 10 (dez) anos. Contudo, o órgão ambiental competente poderá

estabelecer prazos de validade específicos, no que tange a empreendimentos ou atividades que por sua natureza e peculiaridade estejam sujeitos ao encerramento ou modificação em prazos inferiores.

A Licença de Operação poderá ser renovada, devendo ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração do prazo concedido anteriormente. Na renovação, o prazo da licença poderá aumentar ou diminuir, após avaliação do desempenho ambiental da atividade no período de vigência anterior. Contudo, devem ser observados os limites mínimo e máximo, respectivamente, de 04 (quatro) e 10 (dez) anos.

Adotando a boa hermenêutica jurídica, podemos afirmar que o único ente que deve observar a obrigatoriedade processual, no que tange a adoção das três licenças escritas acima, é a União. Veremos no Capítulo 5, no qual tecemos comentários sobre a resolução, que essa apenas vale para a União. Contudo, alguns entes federativos adotam o mesmo processo previsto na Resolução n. 237/97, por não terem normas específicas na sua esfera federativa que tratam do processo de licenciamento ambiental. Conclui-se, porém, que a observância da resolução não é obrigatória pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal.

2.2.4 Da obrigatoriedade do EIA/Rima

O prévio Estudo do Impacto Ambiental e conseqüentemente seu Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente, que o acompanha, trata-se de medida importante que irá instruir o processo de licenciamento.

O art. 2º da resolução traz um rol expresso das atividades e empreendimentos que exigem referido estudo. Entendemos que esse rol não é exaustivo. O Poder Público pode exigí-lo para qualquer empreendimento que entenda ser potencialmente causador de degradação. É uma medida preventiva que guarda coerência com o dever constitucional de se proteger o meio ambiente.

Havendo indícios suficientes que comprovem a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre a atividade ou empreendimento que será licenciado, deverá ser exigido do requerente da licença o Estudo de Impacto Ambiental, para instruir o processo administrativo.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: “AUTORIZAÇÃO” OU “LICENÇA”?

Percebe-se que o legislador ambiental não adota com o mesmo rigor do direito administrativo o instituto da “licença” e “autorização”. Nesse sentido, acentua Paulo Afonso Leme Machado:

“Licença e autorização – no Direito brasileiro – são vocábulos empregados sem rigor técnico. O emprego na legislação e na doutrina do termo ‘licenciamento’ ambiental não traduz necessariamente a utilização da expressão jurídica licença, em seu rigor técnico”.³⁹

Quando o particular solicita o licenciamento ambiental, serão observados durante todo o processo administrativo, que cominará na emissão da “licença”, os princípios e normas inerentes ao direito administrativo. Existe patente correlação entre o direito ambiental e o direito administrativo. O licenciamento ambiental é tarefa tipicamente administrativa. Importante, portanto, o conhecimento da ordem jurídica administrativa para traçar um norte em relação à observação da questão.

O problema reside no fato de que os institutos da “licença” e da “autorização” claramente definidos no direito administrativo passaram a ser utilizados de forma incompatível pelo legislador ao tratar das questões ambientais, em especial o licenciamento ambiental, a ponto de não conseguirmos apontar de maneira inequívoca qual a sua natureza jurídica.

É de suma importância definir qual a natureza jurídica do licenciamento ambiental, pois sendo considerado “autorização” e ou “licença” – institutos oriundos do direito administrativo —, seus pressupostos de constituição e retirada da ordem

³⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

jurídica podem variar. Para tanto, devem ser estudadas primeiramente a “autorização” e a “licença” como institutos do direito administrativo, e depois transportá-las para o direito ambiental.

2.3.1 Autorização

A excelente definição de autorização dada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe: “Num primeiro sentido, designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos”.⁴⁰

Além da discricionariedade apontada por Di Pietro, indica-se a precariedade, ou seja, a possibilidade da Administração Pública, observada a conveniência e oportunidade, revogar o ato. Marçal Justen Filho assevera que a autorização, “tendo por objeto o desempenho de uma atividade privada, o exercício de um direito ou a constituição de uma situação de fato, é caracterizada pelo cunho da precariedade e revogabilidade a qualquer tempo”.⁴¹

Sem variações doutrinárias, duas características podem ser apontadas em relação ao instituto da autorização: discricionariedade e precariedade. Discricionariedade no que tange a conveniência e oportunidade na sua concessão, e precariedade mediante a possibilidade de revogabilidade do ato pela própria Administração.

2.3.2 Licença

As características do instituto “licença” são diversas da autorização. José dos Santos Carvalho Filho define licença como sendo “ato vinculado por meio do qual a

⁴⁰ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, p. 235.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 213.

Administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade”.⁴²

A vinculação é a primeira característica marcante da licença. Significa que, preenchidos os requisitos legais, o particular terá o direito ao exercício da atividade pretendida. Marçal Justen, a respeito, afirma que a “licença não pode ser negada mediante a invocação de inconveniência ou inoportunidade, uma vez que sua outorga é condicionada objetivamente ao preenchimento de certos requisitos”.⁴³

A segunda característica decorre da própria vinculação acima citada. José dos Santos Carvalho Filho nos ensina: “Sendo a licença um ato vinculado, deveria ter ela sempre o caráter de definitividade. Atos vinculados são definitivos, ou seja, uma vez consignado em lei, o direito à atividade desejada pelo administrador, a licença, reconhecendo-lhe a possibilidade de exercício desse direito, não mais pode ser desfeita por ato posterior da Administração”.⁴⁴

Logo, apontam-se a vinculação e a definitividade como características marcantes do instituto da “licença”.

2.3.3 Diferenças entre “licença” e “autorização”

O doutrinador Cretella Junior diferencia ambos os institutos pelo fato da autorização caracterizar-se “como ato discricionário, ao passo que a licença envolve direitos, caracterizando-se como ato vinculado”.⁴⁵ Di Pietro dispõe ainda que a “autorização é ato constitutivo e a licença é ato declaratório de direito pré-existente”.⁴⁶

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 213.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 118.

⁴⁵ CRETELLA JUNIOR, José. Definição de autorização administrativa. *RT* 486/18.

⁴⁶ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, p. 238.

Levando-se em consideração o melhor posicionamento doutrinário, duas diferenças principais podem ser apontadas. A primeira é o fato de a licença ser ato vinculado, ao contrário da autorização, que é ato discricionário, estando sua concessão subordinada à conveniência e oportunidade do administrador. A segunda diferença, que decorre da anterior, é a precariedade existente no ato de autorização, sendo a licença, por sua vez, ato definitivo. Essa diferenciação precisa é apontada pela maior parte da doutrina e jurisprudência. Na prática, entretanto, ocorrem variações. É o que notaremos na identificação da natureza jurídica do licenciamento ambiental.

2.3.4 Licenciamento ambiental: híbrido de autorização e licença

O art. 170 da Magna Carta, que trata dos princípios inerentes à ordem econômica e financeira, assegura “(...) a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de *autorização* de órgãos públicos”. Percebe-se que a Constituição Federal previu a autorização como forma de permitir o exercício de atividades que por lei sejam fiscalizadas pelo Poder Público.

Todavia, ao analisarmos o sistema nacional de licenciamento ambiental, notamos que o termo utilizado é: “licença”. A Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente no seu art. 10, prevê para a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio *licenciamento ambiental*”.

Enquanto a *Constituição Federal trata a exigência para atuação na ordem econômica como autorização*, a *lei infraconstitucional a trata como licença*. Se a questão fosse apenas a diferença terminológica, seria facilmente resolvida. Ocorre que isso representa um problema à medida que envolve a confusão de características básicas entre ambos os institutos. Isso influi diretamente nos requisitos formais de emissão da licença, além de proporcionar sua revogação, se entendermos que é ato precário.

Como vimos, a “licença” é ato administrativo vinculado e definitivo. O licenciamento, contudo, não possui a característica de definitividade. A Lei n. 6.938/81, no seu art. 9º, IV, prevê a possibilidade de revisão do licenciamento ambiental. No mesmo sentido, a Resolução Conama n. 237/97, no seu art. 19, prevê a possibilidade de suspensão ou cancelamento da licença ambiental quando ocorrer violações em relação às suas condicionantes, bem como no caso de descobrimento de informações falsas que permitiram sua expedição, além da “superveniência de graves riscos ambientais e de saúde”.

É evidente que o licenciamento ambiental previsto na Lei n. 6.938/81 e pela Resolução Conama n. 237/97 não possui a característica de definitividade.

Diferente não poderia ser. *Dizer que um ato administrativo é definitivo contraria de pronto o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado* que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último”.

Nesse sentido, considerar um ato administrativo definitivo engessaria o Poder Público na atuação de fiscalização das atividades privadas. Se um dano ambiental de proporções graves surgisse na atuação de uma empresa devidamente licenciada e dentro das suas atividades normais, nada poderia ser feito quanto à cassação da sua licença. Isso realmente não é o desejável.

O Tribunal de Justiça de São Paulo esclarece de maneira brilhante a situação no julgamento da Ação Civil Pública n. 178.554-1-6, ao analisar a Lei n. 6.938/81, que teve como relator o desembargador Leite Cintra:

“O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o parágrafo primeiro de seu artigo 10 fala em pedido de renovação de licença, indicando, assim, que se trata de autorização, pois, se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação”. “A alteração é ato precário e não vinculado, sujeito sempre as alterações ditadas pelo interesse público.” “Querer o contrário é postular

que o judiciário confira a empresa um cheque em branco, permitindo-lhe que, com base em licenças concedidas anos atrás, cause toda e qualquer degradação ambiental”.

Portanto, concluímos que o licenciamento ambiental disposto na legislação infraconstitucional nas questões ambientais possui natureza jurídica híbrida. É um misto entre o instituto da “autorização” e o da “licença”, juridicamente definidas pelo direito administrativo. Da licença, herda-se a característica da vinculação, ou seja, estando preenchido os requisitos em lei dispostos, o licenciamento ambiental tem que ser emanado pelo Poder Público. E da autorização, herda-se a característica da precariedade, na medida em que surgindo fatos novos que identifiquem danos ambientais, ou descumpridas as condicionantes do licenciamento ambiental, o Poder Público poderá revogá-la.

2.4 RETIRADA DA LICENÇA AMBIENTAL

Levando-se em conta a precariedade da licença ambiental demonstrada acima, existem algumas formas de ser retirada, ou melhor, de deixar de produzir efeitos juridicamente. Logo, a administração pública observando principalmente os princípios da motivação e da publicidade, editará ato com efeito extintivo sobre o anterior, retirando seus efeitos.

Identificamos cinco formas de extinção do ato: invalidação, cassação, caducidade, contraposição e revogação.

A invalidação ocorre, retirando-se o ato, por ter sido praticado em desacordo com a ordem jurídica, caracterizando-se a existência de alguma irregularidade. Não é apenas a falta de uma das condicionantes da lei, mas, sim, o desrespeito a uma de suas exigências.

Na cassação o ato é retirado devido ao descumprimento por parte do destinatário, ou seja, de quem pleiteou e recebeu a licença, de alguma condição que deveria ter sido cumprida, para que ele continuasse no deleite daquela licença. Assim sendo, não cumprindo as condições impostas, ocorrerá cassação.

A caducidade caracteriza-se pelo surgimento de norma posterior que torne inadmissível a situação antes permitida. Contudo, a caducidade não goza de pleno entendimento, ficando na maioria das vezes inerente à justiça sua interpretação, pois entra em debate o instituto do direito adquirido.

A contraposição representa a retirada do ato, em face da emissão de ato posterior, proveniente de competência diferente do anterior, mas cujos efeitos são contrapostos, o que provocará a retirada do ato.

E, por último, temos a revogação, que diz respeito à retirada do ato por razões de conveniência e oportunidade. Em relação à licença ambiental, a conveniência e oportunidade devem fundamentar-se tão-somente na possibilidade iminente de dano ambiental, ou na sua própria ocorrência. Não é cabível sua retirada sem motivação, ou por motivação diversa das citadas. Isso caracterizaria abuso de poder.

Daniel Roberto Fink nos ensina

“Assim, por exemplo, se houver qualquer violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais, cabe a cassação da licença; omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiariam a expedição da licença causam sua invalidação; a superveniência de graves riscos ambientais e de saúde também é causa de invalidação da licença ambiental, pois a atividade estaria em desacordo com direitos constitucionais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde.

Em outras palavras, enquanto as condições fixadas pela licença ambiental atenderem ao fim maior que é a preservação do meio ambiente saudável, será mantida; caso deixe de atendê-lo, a licença deverá ser revista. Infere-se, portanto, que a licença ambiental é dotada, implicitamente, de uma verdadeira [sic] à concessão da licença mudarem, esta também poderá ser alterada ou até retirada”⁴⁷.

São essas as formas de retirada da licença ambiental do mundo jurídico. Guarda-se aqui uma breve análise sobre o tema, sem maiores intenções de aprofundamento nesta dissertação.

⁴⁷ FINK, Daniel Roberto e outros. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*, cit.

2.5 PROBLEMÁTICA EM FOCO

A sistemática proposta pela Constituição e as demais normas infraconstitucionais geram dúvidas quanto à distribuição de competência no que diz respeito à atuação do Poder Público na preservação ambiental. No mesmo sentido, a doutrina e a jurisprudência mostram-se divergentes. Esse descompasso proporciona insegurança jurídica e acarreta uma série de prejuízos, tanto em relação ao meio ambiente quanto em relação ao sistema econômico.

Neste momento faz-se importante abreviar a informação de que União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência na preservação e conseqüentemente fiscalização do meio ambiente, incluindo-se aí a emissão de licenças. Todavia, as questões que geram grande debate na atualidade são: *como se distribui a competência para o licenciamento ambiental entre os entes da federação? Compete apenas a um ente? Compete a todos ao mesmo tempo? Compete a dois, três, observado algum critério?* Enfim, a insegurança jurídica existente na atualidade passa justamente por esses e outros questionamentos.

Impende registrar a colocação do ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles ao afirmar que "(...) para prática do ato administrativo, a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato discricionário ou vinculado pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo".⁴⁸

No Estado de São Paulo ocorreu situação que reflete bem o problema. O Rodoanel Mário Covas, que se configura um complexo viário de extrema importância do ponto de vista econômico e social, foi objeto de disputa judicial acirrada em que se discutia a competência da União, através do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), para licenciar o empreendimento⁴⁹. O Estado de São Paulo afirmava que a competência era exclusivamente sua. O empreendimento ficou paralisado enquanto o impasse não era resolvido. Essa indefinição representou um prejuízo econômico e social representativo para a população. A solução, que será analisada em momento oportuno, foi surgir mediante

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: RT, 1993.

⁴⁹ AC 990253, TRF – 3ª Região, 6ª Turma.

Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), já em segundo grau de jurisdição. Perda de tempo, dinheiro e, conseqüentemente, prejuízos para toda a sociedade representam algumas das conseqüências do caso citado.

Outro caso envolvendo o Município e o Estado de São Paulo ainda trouxe maior prejuízo social em nossa opinião. A Administração Pública do Município de São Paulo buscava implantar corredores de ônibus em áreas de proteção aos mananciais. Para tanto, procedeu ao licenciamento único e exclusivo pelo Conselho Municipal do Desenvolvimento Sustentável de São Paulo⁵⁰. O Estado de São Paulo insurgiu-se quanto à decisão de licenciamento único pelo Município, afirmando que a competência também era sua por se tratar de áreas de mananciais, o que poderia prejudicar toda a região abastecida pelas águas captadas nesse rio. Até a resolução do impasse, o prejuízo social perdurou.

Outra situação, de repercussão nacional, ocorreu no sul do Estado da Bahia, mais especificamente no Município de Santa Cruz de Cabrália. A construção de um *Resort*, empreendimento avaliado em R\$ 30 milhões, devidamente licenciado ambientalmente pelo Município, teve suas obras embargadas pela União, alegando que a ela cabia a competência para licenciar. Vejam a gravidade da situação. Quem responderá pelos prejuízos sofridos pelo empreendedor? E a possibilidade de geração de empregos que foi cerceada?

Os conflitos de competência expostos geram insegurança administrativa e jurídica, tendo como principal prejudicada a coletividade. Não havendo licenciamento não existe segurança na defesa prévia do meio ambiente. Ocorrendo processo administrativo de licenciamento ambiental mal elaborado pode ocorrer emissão de licença erroneamente. Burocratizando a análise do pedido de licença ambiental a ordem econômica é prejudicada e com isso a sociedade. Em todas as situações expostas encontramos hipóteses que trazem prejuízos.

Nesse sentido, a ordem econômica e financeira prevista no título VII da CF também tem sido atingida. A *livre iniciativa* prevista no *caput* do art. 170 configura-se

⁵⁰ FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*, cit.

um de seus fundamentos. Havendo conflito de competência no licenciamento ambiental, o empreendimento poderá deixar de ocorrer. Isso significa cercear a *livre iniciativa*. O empreendedor, muitas vezes, propõe-se a fazer o licenciamento corretamente, respeitando as normas vigentes, mas não o consegue em virtude de um problema jurídico. A análise equivocada da distribuição de competências gera todo esse impasse.

Um empreendimento pode ser paralisado devido o litígio judicial entre os entes da federação em torno da disputa pela competência administrativa para outorga de licença ambiental. Isso ocorre, e com frequência considerável, fazendo reféns de uma situação absurda a própria sociedade, a qual poderia lucrar com os investimentos.

Situação inversa também é passível de ocorrência. Em determinados casos, nem União, nem Estado, nem Município, dispõe-se a analisar o pedido de licenciamento de certos empreendimentos, por entenderem que a competência é do outro ente federativo. E nessas situações, muitas vezes, a escusa ocorre por não estarem dispostos a assumir conseqüências negativas que possam advir de licenciamentos de empreendimentos com riscos altos e previsíveis.

Pois bem, o entendimento aprofundado do tema faz-se necessário. A análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária aprofundadas, tendo por fim esclarecer a problemática, ou ao menos criar entendimento que sirva de parâmetro para os executores e árbitros da lei, configura-se como o objetivo primordial desta dissertação.

Para que possamos apresentar as soluções, que a doutrina e a jurisprudência têm apontado como saída a essa problemática, é indispensável que façamos uma incursão sobre toda a origem da distribuição de competência no Brasil, passando pela análise aprofundada da concepção do federalismo e a distribuição de competências que essa forma de Estado propõe na atualidade. Posteriormente, analisaremos todas as normas existentes no ordenamento pátrio que tratam do assunto e os projetos de lei que estão em debate no Poder Legislativo. E assim, por

último, descreveremos as soluções que são apontadas para resolver o conflito de competência em se tratando do licenciamento ambiental.

3

FEDERALISMO

O federalismo representa uma forma de Estado, ou seja, a organização estrutural adotada para desenvolver todas as suas atividades, interna e externamente. Geraldo Ataliba nos ensina que: “Quando falamos em República Federativa do Brasil estamos condensando forma de Estado, forma de Governo e nome do país”. Portanto, a forma de Estado adotada no Brasil foi o federalismo.

Nessa forma de Estado há uma pluralidade de centros de poderes autônomos. Esse conjunto de coletividades dotadas de poder faz parte de uma unidade. Essa unidade é o Estado Federal, dotado de personalidade jurídica de direito público internacional que representa todos os Estados componentes da federação e que possui soberania.

A soberania representa a concepção de supremacia do Estado em relação aos demais Estados-membros. Como afirmado acima, o titular da soberania é o Estado Federal representante de um todo indivisível e supremo em relação às suas frações. Celso Antonio Pacheco Fiorillo afirma sobre a titularidade e exercício pelo Estado da soberania que “(...) no aspecto externo é ele mesmo quem exerce, pelo fato de ser pessoa jurídica de direito público externo. Já no âmbito interno, vê-se representado pela União, que é quem detém o exercício deste poder”⁵¹.

Já a autonomia é o direito que os entes federativos têm de auto-organizar-se. É de titularidade de todos os membros componentes do Estado Federal e pressupõe competências destinadas aos seus membros. A autonomia, segundo nos ensina Daniela Campos Liborio Di Sarno, se divide em quatro espécies de atuação:

⁵¹ PACHECO, Celso Antonio Fiorillo. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 57.

“a) política (capacidade de escolher seus representantes); b) financeira (capacidade de promover e financiar a realização de suas políticas); c) legislativa (capacidade de elaborar suas próprias normas); d) administrativa (capacidade de auto-organizar-se)”.⁵²

3.1 DO PACTO FEDERATIVO

A palavra *federal*, derivada de *foedus*, significa aliança, convenção, pacto. Esse pacto é assumido na elaboração da Lei Fundamental de um Estado que adota o federalismo. Pressupõe a rigorosa observância da distribuição de competência e equilíbrio entre a autonomia e soberania de um Estado.

A autonomia não se confunde com a soberania. A distribuição de competência pela Magna Carta a todos os entes componentes do Estado Federal, que proporciona a autonomia, não pode gerar a falta de unidade. A soberania deve ser respeitada. Para preservar o Estado como um todo, existe o que chamamos de *pacto federativo*. Sua função é equacionar a distribuição de competências com a preservação de um vínculo de unidade nacional.

Por isso, a organização político-administrativa de um Estado, prevista na nossa Lei Fundamental nos arts. 1º e 18, goza de intangibilidade. Deve ser respeitado por todos os entes da federação. A alteração de qualquer dos seus elementos por um dos seus entes unilateralmente sofre de inconstitucionalidade e representa a quebra do *pacto federativo*, que é fundamento indispensável para o federalismo.

3.2 ORIGEM DO FEDERALISMO

O federalismo é uma forma de Estado moderno que surgiu há poucos séculos. Na Antiguidade encontramos algumas formas de união entre Estados,

⁵² DI SARNO, Daniela Campos Liborio. Competências urbanísticas In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ JUNIOR, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade. Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*, p. 62.

como a Liga Acaica, formada por 12 cidades-estado gregas, a Liga Hanseática, que tinha por objetivo a união de cidades do norte da Europa⁵³.

Referidas uniões mais se aproximavam de confederação, que é outra forma de Estado. Segundo os ensinamentos de Paulo Adib Casseb, a confederação “consiste em uma aliança de Estados soberanos, sendo que o órgão que representa o conjunto dos Estados não deve interferir na ordem interna de cada membro, os quais podem deixar a confederação quando bem entenderem”.⁵⁴

Importante apontarmos os dizeres de Amaro Cavalcanti⁵⁵, em obra singular datada do início do século, ao mencionar a Liga Acaica como confederação, pois “cada membro da união confirmava o caráter de Estado independente e soberano, e todos tinham igual número de votos no Grande Conselho Federal”, ou seja, “estava muito longe de ser um governo federativo, no sentido técnico do termo”.

A confederação e o federalismo apresentam em comum o vínculo de união entre os Estados, porém com diferenças marcantes. A federação caracteriza-se pela união de Estados que não possuem independência nem soberania, mas, sim, autonomia, e estão ligados a um Estado soberano que os representa na ordem externa e se sobrepõe a eles na ordem interna. A confederação, com origem histórica mais antiga que a federação, caracteriza-se pela soberania dos Estados-membros, diferente das federações onde há apenas autônima.⁵⁶

Nota-se ao longo da história o abandono da confederação e a adoção do federalismo. Foi o que ocorreu nos Estados Unidos da América do Norte e na Suíça.

⁵³ A Liga Acaica, existente na Antiguidade, era formada pela união de 12 cidades-estado gregas cuja aliança tinha como objetivo a proteção militar de tais cidades contra inimigos comuns. A Liga Hanseática, desenvolvida na Idade Média, visava a aglutinação de diversas cidades do norte da Europa com fins comerciais. E, por fim, a Confederação Helvética, criada no século XIII entre alguns cantões suíços, também possuía finalidade militar. Em todos esses casos, os membros dessas alianças conservavam ampla liberdade para tratar de assuntos internos e, inclusive, para deixar as uniões quando julgassem necessário (CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo: aspectos contemporâneos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 4-5).

⁵⁴ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 4-5.

⁵⁵ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 5, extraído de CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e a República brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900. p. 17-18.

⁵⁶ Quanto a sua origem, Woodrow Wilson citado por Paulo Bonavides enfatiza: “O Estado Federal, nós o sabemos, é criação da política moderna. A antiguidade nos ofereceu muitos exemplos de Estados confederados, nenhum porém de Estado federal.” Woodrow Wilson, *L'État II*, p. 335. Apud BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 79.

A Confederação Suíça criada em 1291, que reunia diversos “cantões” visando unirem forças para se defenderem contra as investidas da Áustria, cedeu ao longo da história espaço ao federalismo, até culminar na Constituição de 1874, adotando-o como forma de Estado.

A teoria atual do federalismo surge, todavia, nos Estados Unidos da América do Norte. A colonização inglesa no norte do continente americano era formada por 13 colônias, as quais, em 1776, conseguiram a independência. Surgem nesse momento 13 Estados soberanos, que, fortalecidos pela independência e soberania, resolveram unir forças para enfrentarem a Inglaterra, que ainda tentava impor-se. Cria-se assim uma confederação.

No entanto, a confederação não atingiu seus objetivos, mostrando-se instável e frágil. Diante desse quadro, em 1787, cada Estado da confederação designou representantes que, reunidos na Conferência da Filadélfia, analisaram profundamente os pontos desfavoráveis daquela forma de Estado. Concluíram que a soberania de cada um dos 13 Estados estava gerando terrível falta de unidade e inegáveis conflitos. Decidiram por criar um centro de poder que agregasse a soberania de todos os Estados, dando a estes características de autônomos em detrimento da soberania de cada unidade. Nasce nesse momento os Estados Unidos da América, o que representou a sua modificação de confederação para federação.

3.3 FORMAS QUE O FEDERALISMO PODE ASSUMIR

A forma adotada na criação dos Estados Unidos da América do Norte foi a de agregação. Parte-se da vontade de inúmeros Estados soberanos, os quais cedem a soberania para uma unidade, permanecendo com autonomia significativa. Havia preocupação desses Estados em não ceder tanto poder a ponto de fortalecer o governo central. Assim, mantiveram forte autonomia, limitando o poder do governo central mediante a enumeração expressa de poderes na Constituição destinados ao governo central. Aos Estados foram mantidos todos os demais poderes residuais.

Bernard Schwartz afirma que:

“se houve uma coisa que os elaboradores da Constituição americana procuraram fazer foi reservar um lugar significativo no sistema que estavam criando os Estados, cujos delegados eles eram. Todos os Estados existentes foram levados para o novo regime constitucional, com seus nomes, suas fronteiras e seus governos inalterados e com funções que eram ainda extensas”.⁵⁷

Ao surgir na América do Norte o federalismo possuía caráter dualista. Alpheus T. Mason⁵⁸ afirma que o federalismo americano era “um sistema duplo, no qual duas autoridades, a Nação e os Estados, governam o mesmo território e o mesmo povo, cada qual supremo em sua esfera e nenhum supremo na esfera do outro”.

No entanto, com o passar do tempo, aquele federalismo dual cedeu espaço para o fortalecimento do governo central em virtude da complexidade das demandas externas dos Estados. O aumento do comércio exterior, os conflitos armados e as grandes guerras foram responsáveis pelo fortalecimento do governo central ao longo da história recente. Paulo Adib Casseb⁵⁹ comenta: “É bem verdade que, com o passar do tempo, os norte-americanos assistiram à transformação daquele federalismo meramente dual, para um sistema de cooperação entre as esferas do governo e ampliação das atribuições do poder central”.

A formação do federalismo no Brasil ocorreu de maneira diferente da formação do federalismo norte-americano. Até 1889, data da proclamação da República, o Brasil era um Estado unitário descentralizado, ou seja, possuía um poder central extremamente forte, que descentralizava, mediante delegação, atividades administrativas para unidades locais (províncias). Tratava-se, portanto, de Estado unitário fortemente calcado num poder central que delegava atividades para melhor se organizar.

⁵⁷ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 9, extraído de SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1966. p. 12.

⁵⁸ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 9, extraído de MASON, Alpheus T. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. HARMON, M. Judd (Coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 38.

⁵⁹ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 11.

Ocorreu no Brasil o que a doutrina chama de formação *centrífuga*⁶⁰. Havia um Estado unitário que possibilitou a criação de inúmeros centros de poderes autônomos. Paulo de Figueiredo⁶¹ comenta que “(...) o sistema federalista, igualitário, foi imposto de cima para baixo e de fora para dentro (...)”.

3.4 FEDERALISMO NO BRASIL

O federalismo brasileiro foi adotado mediante a promulgação do Decreto n. 01, de 15 de novembro de 1889, que determinou textualmente no art. 1º: “Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira a República Federativa”.

Só em 1891, com o surgimento da primeira Constituição da República, foi consagrada constitucionalmente a forma federativa de Estado. As unidades locais que eram denominadas províncias⁶² e que exerciam atividades administrativas passam a ser chamadas de Estados e recebem autonomia.

Devemos observar que se tratou de uma mudança abrupta. De Estado unitário passamos, sem adaptações, para um Estado federativo. Não há como negar a influência norte-americana nessa transformação. Existem, entretanto, diferenças marcantes entre as formas de Estado citadas acima. Por possuir uma formação de cima para baixo, não é de se estranhar que a União possui maior número de

⁶⁰ O titular da soberania é o Estado Federal, que representa o todo indivisível. No aspecto externo, é ele mesmo quem a exerce, pelo fato de ser pessoa jurídica de direito público externo. Já no âmbito interno, vê-se representado pela União, que é quem detém o exercício desse poder. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 185.)

⁶¹ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 15, extraído de FIGUEIREDO, Paulo de. O sistema federalista e a integridade do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 85, p. 75-124, jan./mar. 1985.

⁶² A denominação dos governos locais de Estados, em substituição ao termo província, é mais um aspecto que revela a forte influência brasileira das instituições norte-americanas. Como ressaltou o saudoso professor José Pedro Galvão de Souza (*Iniciação à teoria do estado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976. p. 62-63.), “o nome de estado aplicado a uma entidade não soberana explica-se, pois, no caso norte-americano, em virtude das circunstâncias históricas. Não assim, no caso brasileiro, quando se começou a chamar de Estados às antigas províncias do Império, tal foi o furor imitativo dos primeiros homens da república Um Estado só, havia sido sempre o Brasil como na da Argentina, chegou-se ao Estado federal partindo da unidade para a multiplicidade ao passo que, no caso dos Estados Unidos, partiu-se da multiplicidade para chegar à unidade...” (CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 15).

competências exclusivas e privativas⁶³. Já nos Estados Unidos da América do Norte, por possuir uma formação contrária, mediante a União voluntária dos Estados, esses possuem maior autonomia.

O processo de formação dos Estados Unidos da América do Norte foi lento e gradual, enquanto no Brasil foi uma mudança radical. A importância dos Estados foi mantida.

Seguindo a história do federalismo no Brasil, até 1894 tivemos os governos militares de Deodoro e Floriano. Eram governos autoritários que mantiveram a centralização impedindo a implantação do federalismo como previsto pela Constituição de 1891.

Após esse primeiro momento, o impacto surgido com a implantação da Magna Carta de 1891⁶⁴, ao enumerar as competências residuais e assim a autonomia significativa dos Estados, até então chamados de províncias, foi grande. Paulo Adib⁶⁵ ao comentar Enrique Ricardo Lewandowski pontua que “(...) a situação era tal que as Constituições estaduais chegaram a prever que cada Estado-membro

⁶³ Vale ressaltar que o grande problema relacionado com o excessivo número de recursos especiais para o STJ tem um de seus causadores, exatamente, na formação centrífuga do nosso federalismo. A base de todo problema histórico mencionado é que quando se “trouxer” o recurso extraordinário (o recurso especial surgiu depois), com o intuito de se guardar a supremacia da lei federal e constitucional, não se procurou saber precisamente como era montado o sistema federativo americano. No sistema federativo americano, deu-se que os estados-colônias, que eram independentes, entregaram ao poder central parte de sua “autonomia” ao dar liberdade a que este tivesse exclusividade para legislar sobre determinadas matérias. Só que apenas parte desta competência foi entregue, de forma que a maior parte das matérias continuou a ser legislada por cada um dos Estados independentes. Assim, o número de leis federais é restrito àquelas matérias que foram entregues ao poder central pelos Estados. Já no sistema brasileiro, o processo federativo ocorreu de forma inversa, o poder central foi quem delegou aos Estados parte do que seria a sua competência legislativa, que foi o mínimo. Ou seja, a União reservou para si a maior quantidade de matérias que receberiam tratamento legislativo. Conclui-se que o número de leis federais é muito maior que o número de leis estaduais, dado que a competência destas é ínfima perto da União. Isto significa que o número de situações que agridem a lei federal, e que, portanto, dão ensejo a recursos excepcionais, é grande. Daí se explica o porquê da inevitável sobrecarga de trabalho com que, em curtíssimo espaço de tempo, foi assolado o STF. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, p. 185-186).

⁶⁴ Art 63. Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitados os princípios constitucionais da União. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891.

⁶⁵ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 18, extraído de LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: RT, 1994. p. 26.

possuía soberania e conferiam poderes a estes entes locais de celebrar acordos e convenções internacionais sem a obrigatória ratificação do Congresso Nacional”.

Contudo, essa descentralização existente nas primeiras décadas, após a revolução articulada por Getúlio Vargas em 1930, deixa de existir. Os governos estaduais passaram para as “mãos” dos interventores que eram designados pelo governo central. Da maneira como designados eram, destituídos poderiam ser, bastando apenas a vontade do governo central. A revolução representou a centralização do poder e conseqüentemente o enfraquecimento do federalismo.

Até 1964, o federalismo alternou sua fórmula de maior ou menor autonomia dos Estados-membros, de acordo com o cenário político, o que representou sua instabilidade nesse período.

Em 1964, com o golpe militar, e por conseqüência o autoritarismo do governo central, é que o federalismo ficou mais enfraquecido. Janice Helena Ferreri aponta que:

“(...) a Constituição de 1967, que foi oriunda do golpe militar de 1964, deu lugar a um regime autoritário que produziu o enfraquecimento do princípio federativo. A concentração de poderes foi, sem dúvida, a característica maior dessa fase revolucionária. Malgrado no novo texto ter sido mantido o federalismo cooperativo, houve uma significativa expansão dos poderes da União, consagrando o chamado federalismo voltado para o centro, ou centrípeto”.⁶⁶

3.5 FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Até 1988, com o advento da nossa atual Magna Carta, o federalismo encontrou-se enfraquecido devido à centralização dos poderes. A Constituição Federal de 1988 proporcionou maior descentralização. O aumento de recursos financeiros destinados aos Estados e Municípios é reflexo dessa descentralização promovida pela Magna Carta de 1988.

⁶⁶ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 19-20, extraído de FERRERI, Janice Helena. *A Federação*. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: RT, 1995. p. 31 e s.

A União, entretanto, ainda figura com grande carga de competências exclusivas e privativas. Sasha Calmon Navarro Coelho assevera que:

“(...) em 1987 advém a Assembléia Nacional Constituinte e nela planta-se com extraordinário vigor os anseios dos estados de ‘independência e autonomia financeiras’ na esteira da descentralização do poder central... Dentre os grupos de pressão há que destacar o dos estados-membros em matéria tributária, capitaneada pela tecnicoburocracia das Secretarias de Fazenda dos Estados, que atuavam com uma única e exclusiva preocupação: abocanhar o maior naco de recursos que fosse possível, custasse o que custasse... E surge o ICMS”.⁶⁷

A Constituição de 1988, de forma inusitada e inovadora, alçou os Municípios ao *status* de entes da federação, o que também caracteriza a descentralização esperada. Joaquim de Castro Aguiar⁶⁸ comenta que “(...) a federação brasileira apresenta essa peculiaridade incomum e digna de relevo: a inclusão dos municípios como parte integrante dela. E disso não mais se pode duvidar, seja em razão do disposto no art. 1º, seja pela redação do art. 18”.

Apesar de adotarmos a posição acima, devemos alertar da polêmica em torno do tema. Há o entendimento de que pelo fato de os Municípios não possuírem participação na formação da vontade nacional, eles não fazem parte do Estado Federal.

Entendemos que, mesmo não tendo representatividade no Congresso Nacional, os Municípios foram tratados pelos arts. 1º e 18 como entes federativos por receberem, na distribuição de competências, papel de destaque. É o que notamos no art. 23 ao tratar da competência comum da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Bem como o disposto no art. 30, ao determinar uma série de competências com base no interesse local. Por esse motivo, visualizamos nos Municípios autonomia que lhes caracteriza como entes federativos.

⁶⁷ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 22-23, extraído de COELHO; Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 3, p. 117.

⁶⁸ CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo*, p. 21, extraído de AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 11 e s.

3.6 IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA PARA O FEDERALISMO

Os princípios da legalidade e da eficiência são fundamentais para a sustentação da forma de Estado Federal. Bernard Schwartz citado pelo dr. Fernando L. Lobo D'Eça⁶⁹, assevera que o federalismo “só pode florescer em comunidades imbuídas de um espírito legal e habituadas a acatar a lei”.

O federalismo deve ser estruturado observando o princípio da legalidade. A determinação da forma de Estado guarda estreita ligação com a Lei Fundamental. É na Constituição que serão determinadas as principais características do federalismo adotado, e, principalmente, sua distribuição de competências, o que, como veremos adiante, representa a engrenagem de toda a máquina do federalismo. O professor Raul Machado Horta, em referência à importância da Constituição para o Estado Federal, nos ensina:

“A preferência do constituinte federal por determinada concepção de Estado Federal e a atuação desses fatores extraconstitucionais irão conduzir, de forma convergente ou não, ao tipo real de organização federal em determinado momento histórico”.⁷⁰

Konrad Hesse⁷¹, ao tratar do federalismo da Alemanha, exalta a importância do princípio da legalidade ao afirmar que “A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha faz parte das Constituições daqueles estados nos quais, desde o fim da segunda guerra mundial, um regime autoritário encontrou o seu fim e cedeu à democracia liberal”.

⁶⁹ SCHWARTZ, Bernard. *El Federalismo norteamericano atual*. Tradução de Juan Manuel Ruigómes. Madrid: Civitas, 1984. p. 33. Apud D'EÇA, Fernando. O sistema federal e o abuso de poder: princípios constitucionais de coordenação de competências como forma de prevenir e conter abusos de poder. In: GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto; LIMA, Liana Maria Taborda (Coord.). *Abuso de poder no estado na atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 235.

⁷⁰ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 304.

⁷¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 7.

Muito mais no federalismo do que na forma unitária de Estado, o princípio da legalidade é importante para dirimir os conflitos jurídico-políticos. Nesse sentido, Raul Machado Horta expõe como grande desafio do federalismo o convívio harmonioso entre os entes federativos, o que passa necessariamente pela criação de uma Constituição de técnica apurada que resolva os conflitos de competência.

A observância do referido princípio antecede a análise do sistema jurídico já existente. Ele deve ser observado na criação da Lei Fundamental. Tarefa difícil é a criação de uma Magna Carta em que não há conflitos no mundo fático. Deve-se diminuir, entretanto, ao máximo a possibilidade de conflitos de competência entre os entes da federação. Logo, não só na execução da forma de Estado, mas antes, na sua criação, já deve ser observado o princípio da legalidade.

Nesse tocante, a Constituição Federal assume papel de suma importância. Como bem demonstra Raul Machado Horta⁷²: “O Estado Federal é criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição Federal, para instituí-lo”.

O caráter imprimido pelo princípio da legalidade na forma de Estado Federal adotado na elaboração e observância da Constituição Federal, de onde podemos extrair claramente a sistemática adotada no Estado, evitando a generalização de conflitos na ordem política, social e jurídica, é indispensável para manutenção do pacto federativo.

Observado o princípio da legalidade na elaboração na Lei Fundamental e posteriormente na sua aplicação, há de se notar também a importância do *princípio da eficiência*.

Não é suficiente para o funcionamento adequado da “máquina do federalismo” a observância do pacto federativo. Faz-se necessária a busca da eficiência mediante a devida observância da repartição de competências.

⁷² HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 303.

Para um Estado como o Brasil, repleto de diversidades, com dimensões continentais, o federalismo apresenta-se como ótima opção de forma de Estado. Francisco Campos, citado por Fernando D'Eça, corrobora o exposto acima ao afirmar que:

“(...) o que visa toda Constituição Federal é obter maior eficiência e rendimento da máquina administrativa, dotando-a do número de órgãos que as condições diferenciais reinantes no país exijam para cobrir, em toda a sua extensão, o campo das necessidades e das conveniências públicas”.⁷³

No Brasil, a Emenda Constitucional n. 19/98, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa, que incluiu no *caput* do art. 37 o princípio da eficiência como sendo de observância obrigatória pela administração pública, representou, como bem afirma Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz:

“(...) A substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e *incrementados os controles de resultados*. Essa linha de pensamento – esse novo valor afirmado pela Constituição – não pode ser ignorado pelo intérprete e aplicador da lei” (grifo nosso).⁷⁴

Não basta que tenhamos um Estado Federal que observe o *princípio da legalidade*. Por si só, isso não representa seu sucesso. É necessário alcançar a eficiência. Para tanto, devemos conjugar a observância da legalidade com a eficiência desejável. Isso requer uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico combinado com as necessidades da sociedade. Esse é o nosso desafio neste trabalho.

3.7 IMPORTÂNCIA DO FEDERALISMO NO ESTADO BRASILEIRO

O federalismo deve ser utilizado para propiciar a efetivação do estado democrático e do estado de direito social. Konrad Hesse nos ensina que: “República,

⁷³ D'EÇA, Fernando. O sistema federal e o abuso de poder: princípios constitucionais de coordenação de competências como forma de prevenir e conter abusos de poder, p. 248.

⁷⁴ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, cit.

democracia, estado de direito social e estado federal estão, na ordem constitucional da Lei Fundamental, entrelaçados um no outro em numerosas relações”.⁷⁵

Para alcançarmos a democracia e o estado de direito social, objetivos da República Federativa do Brasil previstos na Constituição, é indispensável a organização racional do Estado. Para tanto se torna imprescindível o diálogo permanente entre o Estado e o povo. O Estado deve estar próximo da sociedade para que isso aconteça.

Acreditamos que o federalismo encaixa-se perfeitamente nessas exigências, ao aproximar-se através dos centros de poderes autônomos da sociedade. Kelsen afirma que:

*“(...) a descentralização permite uma aproximação maior da idéia de democracia e do princípio de autodeterminação, de vez que a primeira exige a conformidade máxima entre a vontade geral expressa na ordem jurídica e a vontade dos indivíduos sujeitos à ordem; por essa razão, a ordem é criada pelos próprios indivíduos por ela obrigados de acordo com o princípio de maioria”. (grifo nosso)*⁷⁶

A Constituição Federal de 1988 ao alçar os Municípios, além dos Estados-membros, ao patamar de entes federativos contribuiu para a efetivação do pluralismo político, que se caracteriza pela participação organizada da coletividade nas decisões tomadas. Já encontramos no nosso ordenamento exemplos desse diálogo que gera a participação efetiva e o poder de decisão. É o caso do orçamento anual participativo elaborado junto à sociedade, bem como o Plano Diretor Urbano. São dois exemplos da proximidade e efetiva participação do povo nas decisões propiciada pela forma de Estado Federal.

Outro ponto positivo do federalismo é a fiscalização das atividades administrativas e legislativas pela sociedade. A proximidade dos centros de poderes autônomos possibilita em tese maior transparência das suas atividades, o que gera uma fiscalização com maior clarividência.

⁷⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 216.

⁷⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 216

Essa organização racional fruto da forma de Estado Federal é muito bem apontada por Konrad Hesse ao afirmar que:

“O estado federal modifica e complementa essa conexão de ordem democrática e estatal-jurídica. Ele a modifica, na medida em que cumpre a função de formação da unidade federal. Ele a complementa ao criar formas de relaxamento da ordem interna dos partidos e ligas, de divisão em unidades estatais menores, quando ele, por divisão de poderes vertical e horizontal, desenvolve efeitos refreadores do poder, nomeadamente, porém, coordenadores de funções. Ele próprio, naturalmente, está, nessa função complementar, em uma certa tensão com os mandamentos, essenciais para o estado de direito social, da uniformidade e simetria, e essa tensão também não se deixa dissolver completamente por coordenação e cooperação ampla, enquanto a autonomia dos Estados, como núcleo da estatalidade federal atual, não deve ser abandonada; isso, todavia, nem sequer é possível no caminho da modificação constitucional (artigo 79, alínea 3, da Lei Fundamental)”.⁷⁷

O que se espera do federalismo num estado de dimensões tão avantajadas como o Brasil é que esta forma de Estado propicie uma maior participação social e, na mesma proporção, uma fiscalização mais intensa da sociedade no pleitear dos seus direitos sociais. Com isso, estaremos efetivando a democracia e o estado social. Atingidos esses preceitos, o princípio da eficiência estará sendo observado no federalismo. Daí sua importância.

⁷⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 218.

4

A IMPORTÂNCIA DA DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA NO FEDERALISMO**4.1 DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA**

Antes de tratarmos da distribuição de competências, é indispensável um estudo acerca da definição de competência. Conceituar competência não é tarefa fácil. Algumas definições são insatisfatórias e até confusas. Geralmente identificam competência como uma delimitação de poderes. Nesse sentido, José Afonso da Silva nos ensina: “Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”.⁷⁸

Não obstante o devido respeito à citação do conhecido autor notamos uma incorreção que merece análise. A correlação entre poder e competência não é correta e pode gerar confusão. As expressões não funcionam como sinônimos. É necessário, portanto, diferenciar *poder* de *competência*.

O poder nada mais é do que o meio instrumental que proporciona o exercício de alguma competência. Sem o poder não haveria como o Estado desenvolver boa parte de suas atividades. O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular fundamenta essa situação. O Estado para promover uma desapropriação, por exemplo, necessita de poderes.

As competências são atribuições que o Estado deve assumir perante a coletividade. A essas atribuições, no que tange ao meio ambiente, como veremos mais adiante, podemos chamar de *dever*. Daí a conjugação de palavras utilizadas

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 477-478.

pela doutrina: *poder-dever*⁷⁹. *Poder*, pois o Estado dele necessita para efetivar suas competências, e *dever* por ser obrigatório o exercício das mesmas.

Nesse sentido, temos o estudo aprofundado da questão, que aqui adotamos, do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Destarte, ditos poderes têm caráter meramente instrumental; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do dever de cumprir o interesse público, que é, afinal, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos”.⁸⁰

As competências em relação às atividades dos entes federativos, definidas na Constituição, são, portanto, atribuições que devem ser observadas. Configura segundo os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁸¹ um dever e não uma mera faculdade.

4.2 A IMPORTÂNCIA DA DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA

O federalismo é formado, no mínimo, por uma estrutura dualista com governo central e os Estados-membros. No Brasil essa estrutura ainda inclui os Municípios e o Distrito Federal desde 1988. Em todas as esferas temos centros dotados de poderes para exercerem a autonomia que lhes foi direcionada na repartição de competências.

⁷⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello sugere terminologia inversa. Senão vejamos: “Na verdade, elas são deveres-poderes, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano”. Acreditamos que a terminologia não mudará o significado da expressão (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 133).

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 133-134.

⁸¹ Vale citarmos seu entendimento: “É que ditas competências são atribuídas ao estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificadamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.

Deveras, na esfera do Direito Público os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo. É que, encartados no exercício de funções, implicam dever de atuar no interesse alheio – o do corpo social –, compondo, portanto, uma situação de sujeição. Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em prol de um terceiro: a coletividade que representam” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 132).

É de se observar que, havendo conflito de competência entre os entes da federação, haverá o controle de competência pelo Judiciário, com uma maior atuação quando a Constituição for omissa ou confusa em grau superior⁸². Daí a importância de observarmos previamente o princípio da legalidade através de uma eficiente repartição de competências.

Nesse sentido, a distribuição de competência é fundamental para delimitarmos qual a proporção de autonomia que os entes receberão. É essa “engenharia” criada pelo legislador constituinte que dará a forma de federalismo. O promotor Paulo José Farias⁸³, em *A Federação como mecanismo de proteção do meio ambiente*, afirma que a fórmula adotada na distribuição de competência sinaliza “a opção do constituinte por mais ou menos centralização política, por mais ou menos aderência aos modelos e princípios assentes de Estado federal”.

Portanto, a organização do Estado Federal é delimitada pela distribuição de competência. Raul Machado Horta⁸⁴ afirma que a repartição de competência é tão importante, pois representa: “a sustentação de todo edifício constitucional do Estado Federal”. Segundo o autor, a “repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um”.

⁸² Nesse sentido, Fernando D’Eça assim dispõe: “Na prática, a coexistência harmônica e coordenada desses poderes constitucionais é assegurada não só através de um órgão de representação política das unidades federadas (geralmente o Senado Federal), que exerce um controle político prévio da incolumidade de suas competências constitucionais, harmonizando eventuais conflitos e garantindo que o Legislativo federal não as usurpe, nem as mutile, mas também e principalmente, pela existência de Tribunais Superiores (geralmente tendo como vértice a Suprema Corte), que exercem o controle permanente e definitivo sobre os eventuais conflitos de competência entre a União e os demais entes federados, impedindo recíprocas usurpações de competência”. D’EÇA, Fernando. O sistema federal e o abuso de poder: princípios constitucionais de coordenação de competências como forma de prevenir e conter abusos de poder, p. 242.

⁸³ FARIAS, Paulo José Leite. A federação como mecanismo de proteção do meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 34, n.135, p. 283-284, jul./set. 1997.

⁸⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 309.

4.3 DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA HISTÓRIA DO FEDERALISMO

Como exposto anteriormente, nos Estados Unidos da América do Norte, quando da criação do federalismo de agregação, à União couberam competências enumeradas, e aos Estados-membros, competências residuais. Os Estados componentes da federação eram o que havia de mais robusto no federalismo. O governo federal representava uma exceção, fruto da vontade de todos aqueles Estados.

Com o passar do tempo, porém, assistimos à ampliação das competências do governo central. Manuel Garcia Pelayo, citado por Raul Machado Horta, enumerou as seguintes causas da centralização:

- “1. a guerra e as depressões impondo regulamentação unitária, com sacrifício da autonomia estadual;
2. o intervencionismo estatal, que conduz por sua vez a ampliação dos órgãos e dos serviços governamentais decorrentes da atividade empresarial do Estado;
3. a crescente complexidade da estrutura econômica, tornando de interesse federal-nacional matérias anteriormente de caráter regional ou estadual;”⁸⁵

Passamos aqui no Brasil a experimentar esse fortalecimento do governo central após 1930, com o movimento que colocou Getúlio Vargas no poder. Paulatinamente, os Estados perderam suas competências legislativas. Em 1967, já no governo militar, a pouca reestruturação do federalismo após a década de 1930, que se deu por meio da Constituição de 1946, voltou a ruir. No governo militar a centralização era muito grande.

A Constituição Federal de 1988 representou a renovação da democracia ruída nos tenebrosos anos em que a ditadura militar tomou conta deste país.

O poder central que perdurava até aquele momento representava a concentração de competências e o excesso de poder para exercê-las, o que é típico dos regimes autoritários. Buscava-se o contrário. Uma legislação que

⁸⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Alianza Editorial, 1984. p. 245. Apud HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 309.

descentralizasse esse poder e facilitasse a organização de um país de proporções territoriais continentais.

A ordem era renovar. Foi o que aconteceu. A idéia de federalismo dual composto por governo central e por Estados-membros foi superada, ou melhor, ampliada. Na estrutura do novo Estado Federal, temos como entes formadores da República Federativa do Brasil a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Estes representam a ampliação da organização político-administrativa da República mediante a inclusão dos Municípios como entes dotados de autonomia, com competência e poder para efetivá-las. Há, nesse tocante, clara tendência à descentralização.

4.4 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na determinação da distribuição de competência na Constituição Federal de 1988, houve cinco anteprojetos⁸⁶ na Assembléia Constituinte que tratavam do assunto. O anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, que tinha como um de seus mentores José Afonso da Silva, foi aperfeiçoado pelo relator da matéria, o professor Raul Machado Horta, e posteriormente recepcionado no texto na Magna Carta de 1988.

⁸⁶ Sobre o assunto José Afonso da Silva assim dispõe “ao tratar da repartição de competências: “A estrutura de repartição de competências adotada decorreu de proposta que fizemos na Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) em Anteprojeto de Constituição que ali apresentamos (arts. 85, 1 e 2, e 86, 1 e 2), acolhido pelo relator Prof. Raul Machado Horta com aperfeiçoamentos. Mas os anteprojetos na Constituinte não adotaram o mesmo critério. A discussão para o preparo do Substitutivo do Relator Bernardo Cabral destinado à Comissão de Sistematização baseou-se em cinco Anteprojetos, chamados: Cabral, preparado pelo Relator Bernardo Cabral; Hércules, preparado pelo denominado Grupo dos 32, sob a coordenação do Senador José Richa; Câmara, preparado pela Câmara dos Deputados; Afonso, preparado por mim, e Ferraz, preparado por Sérgio Ferraz. Pois bem, no Anteprojeto Afonso, de nossa autoria, repropusemos no art. 55, 1, a competência material da União (art. 20 da Constituição); no art. 55, 2, a competência legislativa exclusiva da União (art. 21); no art. 56, 1, a competência material comum da União, Estados e Municípios (art. 22), e no art. 56, 2, a competência legislativa concorrente da União e dos Estados (art. 23)” (*Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. em nota de rodapé número 2, p. 477).

Como anteriormente demonstrado, o objetivo da Constituição Federal de 1988 era, nos dizeres de José Afonso da Silva, adotar um “sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo”.⁸⁷ Adotaremos aqui a classificação exposta doutrinariamente pelo referido autor, pela didática e praticidade conceitual apresentada.

Das classificações apresentadas pelo autor, a que melhor atende à perspectiva desta dissertação é a que se baseia na participação de um ou mais entes na atividade legislativa ou administrativa, sendo esta última denominada competência material, termo que substituiremos, sem prejuízo organizacional, por competência administrativa. Existem, assim, dois blocos de competências de acordo com as atividades que o Poder Público exerce: competências legislativas e competências administrativas.

Antes de estudarmos essa classificação é importante notarmos que a separação exposta tem o intuito apenas didático de facilitar nossos estudos acerca da distribuição de competências. As competências legislativas e as competências administrativas não podem ser aproveitadas na prática separadamente. O princípio da legalidade direcionado à Administração Pública prevê a sua atuação somente quando a lei lhe autorizar. *Portanto, competências legislativas e administrativas estão umbilicalmente ligadas.*

4.4.1 Da competência legislativa

As competências legislativas envolvem as atividades de elaboração de leis pelos entes da federação. Segundo José Afonso da Silva⁸⁸ existem dois grandes blocos de competência: competências legislativas e competências administrativas. A dra. Daniela Libório Di Sarno adota a mesma classificação de José Afonso da Silva ao tratar da competência urbanística, afirmando que “(...) a competência legislativa

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 24. ed., p. 479, item 4.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 24. ed., p. 479.

deve existir para todos os entes federativos, ao menos dentro da sua capacidade de auto-organização (...).⁸⁹

Neste bloco encontramos as denominadas *competências legislativas privativas da União*. São matérias que prioritariamente devem ser legisladas pelo Congresso Nacional, mas que podem ser delegadas no todo ou em parte aos Estados, mediante edição de lei complementar que assim autorize. Estão previstas no art. 22 da Magna Carta, e exemplificativamente podemos citar, as matérias sobre direito civil; direito penal; águas; energia; regime de portos; trânsito; e jazidas.

Ainda no campo legislativo, temos a *competência legislativa concorrente*, que tem como característica a atribuição de uma mesma matéria a mais de um ente federativo. Na sistemática dessa competência existem mecanismos para que não ocorram conflitos na edição de normas ao mesmo tempo e sobre o mesmo assunto entre os entes. A União terá primazia na edição de normas gerais, o que significa que editará o conteúdo normativo de todas as matérias dispostas no art. 24 da Lei Fundamental, visando alcançar um contexto de generalidade, abrangendo todos os entes da República Federativa do Brasil que deverão observar essas normas gerais.

Na inércia da União, como aduz a dra. Daniella Libório “(...) os estados-membros e o Distrito Federal podem editar as normas gerais (...)”.⁹⁰ Evidentemente, essas normas gerais editadas pelos entes que não a União terão validade apenas nos seus territórios. Havendo norma geral editada posteriormente pela União, aquelas perderão a eficácia.

Como desdobramento da competência concorrente, há a *competência legislativa suplementar* prevista no art. 24, § 1º a 4º, da CF. De acordo com José Afonso da Silva, a competência em tela “significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que suprem a ausência ou omissão destas”.⁹¹ É, portanto, a atividade de complementação das normas gerais.

⁸⁹ DI SARNO, Daniela Campos Liborio. Competências urbanísticas In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ JUNIOR, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade. Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*, p. 63, § 5º.

⁹⁰ *Estatuto da cidade*, p. 63, § 3º.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 24. ed., p. 479.

Importante salientar que tanto na competência concorrente quanto na suplementar, apesar de os Municípios não serem contemplados no art. 24 da Lei Fundamental, fazem, também, parte da estrutura dessas competências, podendo legislar suplementarmente no caso de omissão da União e dos Estados, e complementarmente nas matérias em que houver necessidade. O fundamento das referidas competências também serem direcionadas aos Municípios reside no que dispõe o art. 30, I e II da CF.

Daniela Campos Libório de Sarno, sobre o assunto, aduz: “Entretanto, o Município não ficou excluído desta estrutura de competências, mesmo não estando presente no art. 24 O art. 30, II, indica sua competência suplementar perante a legislação federal e estadual. Com isto, na ausência de lei federal e/ou estadual, o Município poderá editar normas suplementando esta ausência, até que aquelas sobrevenham, além de poder complementá-las caso entenda necessário. Os assuntos nos quais os Municípios poderão assim proceder são os de interesse local (art. 30, I)”.

E, por último, temos a *competência legislativa exclusiva dos Estados* (art. 25, §§ 1º e 2º). Duas situações devem ser observadas nesse caso. A primeira, disposta no § 1º do art. 25, refere-se à distribuição clássica de competências em que à União caberão as competências expressas, e aos Estados, as competências residuais. Conforme determina o dispositivo legal acima citado, aos Estados serão reservadas “(...) as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

A segunda hipótese de competência exclusiva envolve matéria específica. Trata da exploração diretamente, ou mediante concessão, dos serviços de gás canalizado.

No esquema a seguir demonstramos o bloco das competências legislativas:

Competência concorrente (art. 24)

Competência legislativa:

Competência suplementar (art. 24, §§ 1º a 4º)

Competência exclusiva dos Estados (art. 25, §§ 1º e 2º)

4.4.2 Das competências administrativas

As competências administrativas representam os atos de execução do Poder Público, ou seja, a prestação de serviços, a tomada de providências, a realização de atividades.

Seguindo a classificação proposta, encontramos na Magna Carta duas subespécies pertencentes ao bloco das competências administrativas: *competências administrativas exclusivas da União* e *competências administrativas comuns entre todos os entes federativos*.

As *competências administrativas exclusivas* da União envolvem matérias relacionadas à *soberania nacional* ou à execução de atividades afeitas ao *desenvolvimento nacional sustentável*. Em relação ao primeiro assunto, temos: a manutenção de relações com Estados estrangeiros (inc. I); a declaração de guerra (inc. II); defesa nacional (inc. III); decretar estado de sítio ou de defesa (inc. V). Já, em relação ao desenvolvimento nacional, podemos citar: administrar as reservas cambiais (inc. VIII); elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território (inc. IX).

Por último, e sendo o que mais nos interessa, temos a *competência administrativa comum*, que representa o foco deste trabalho. Todos os dilemas jurídicos em relação à distribuição de competência no que tange o licenciamento ambiental são frutos dessa competência. A hermenêutica sobre essa espécie de competência merece uma análise mais profunda.

4.4.3 Da competência administrativa comum

A inovação que consideramos importante para o equilíbrio do federalismo através da fiscalização mútua, foi a adoção pela Constituição de 1988 da competência comum, que envolve a atuação paralela de todos os entes da federação na observância e fiscalização de atividades que são importantes para toda a sociedade. Adotamos aqui o termo *competência administrativa comum* por simples preferência e alertamos que parte da doutrina adotada a expressão *competência material comum*. É, portanto, apenas uma diferença terminológica.

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o art. 23, afirma que a *competência comum administrativa*: “é a que é confiada a mais de um ente federativo concomitantemente, sendo, portanto, comum a eles”.⁹²

No mesmo sentido, José Cretella Junior define competência comum como:

“(...) cooperação administrativa, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar, em âmbito nacional, entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no exercício de funções concomitantes e contínuas (...)”.⁹³

Entre o extenso rol dessas atividades, previstas no art. 23 da CF, encontramos: zelar pela guarda da Constituição (inc. I); Cuidar da saúde e assistência pública (inc. II); promover o acesso à cultura e à ciência (inc. V); *proteger o meio ambiente, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora* (inc. VI e VII).

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 184.

⁹³ CRETILLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 4, p. 1.740-1.741.

Encontramos, portanto, no seu rol, a proteção ambiental por todos os entes da federação, sendo que aí reside nosso interesse nessa espécie de competência.

Na Constituição Federal de 1934⁹⁴, ainda na concepção do federalismo dual, já encontrávamos precedente da competência comum. Naquele momento, recebia a denominação de competência concorrente e era restrita à União e aos Estados-membros. Eram distribuições de natureza programática que, na nossa concepção, diferentemente do que temos agora, representavam recomendações de desejáveis procedimentos que eram direcionados aos entes federativos. Estavam previstas no art. 10, assim: “velar na guarda da Constituição e das leis” (art. 10, I); “cuidar da saúde e assistência públicas” (art. 10, II); “proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico e artístico” (art. 10, III); “difundir a instrução pública em todos os seus graus” (art. 10, V).

Muitas dessas competências foram contempladas no rol de competências comuns da Constituição Federal de 1988, mas com uma *concepção nova*. O que era recomendação na Constituição Federal de 1934 passou a ser um dever.

É o caso da proteção ambiental. Ao analisarmos o art. 23, pode até parecer que se trata apenas de uma norma programática como as do art. 10 da CF de 1934. Engano. A sua interpretação deve ser feita num contexto histórico. A restauração do federalismo brasileiro pela Carta Política de 1988 foi inspirada no *federalismo de equilíbrio que busca a descentralização legislativa e a atuação comum*.

A atuação comum de todos os entes em atividades administrativas encaixa-se perfeitamente num Estado de dimensão continental. As unidades federativas não são homogêneas e o governo central não consegue, por exemplo, fiscalizar sozinho o processo de licenciamento de uma pequena empresa no interior do Acre. *É necessária a atuação conjunta. E para que essa atuação conjunta seja adequada,*

⁹⁴ Segundo José Cretella Junior: “Nesta expressão, “comum” é sinônimo de ‘concorrente’, como o era na Constituição de 1934, art. 10, III (concorrentemente). Trata-se, porém, da ‘concorrência administrativa’.” (*Comentários à Constituição de 1988*, 1991, p. 1.740-1.741).

tem de ser um dever e não uma faculdade. Só assim alcançaremos o federalismo de equilíbrio.

Discordamos do entendimento de José Afonso da Silva quando afirma que “Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”.⁹⁵ Corroborando nosso entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar das competências como um dever, assim dispõe: “É que, encartados no exercício de funções, implicam dever de atuar no interesse alheio ao do corpo social, compondo, portanto, uma situação de sujeição”.⁹⁶

Para reforçar esse pensamento, no que tange às questões ambientais que nos interessam, o art. 23 deve ser analisado sob a concepção do art. 225 da CF de 1988, que impõe ao “Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ora, como visto no primeiro capítulo, o direito ambiental representa direito fundamental à preservação da integridade e da qualidade de vida. Trata-se de obrigação indeclinável que se impõe a todos os entes do Estado Federal. É direito de todos.

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se nesse sentido, em relatório do ministro Celso de Mello, na decisão de conflito de competência comum entre União e Estado, ao decidir que:

⁹⁵ *Curso de direito constitucional positivo*, 21. ed., p. 477-478.

⁹⁶ O referido autor é claro ao apontar no raciocínio consistente a seguir traçado a necessidade de atentarmos para as competências não como uma mera faculdade, mas, sim, como um dever. Vejamos seus ensinamentos na íntegra: “É que ditas competências são atribuídas ao estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificadamente para quem possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade. Deveras, na esfera do Direito Público, os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo. É que, encartados no exercício de funções, implicam dever de atuar no interesse alheio – o do corpo social –, compondo, portanto, uma situação de sujeição. Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em prol de um terceiro: a coletividade que representam”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 132.)

“O adimplemento desse encargo (proteção ambiental), que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral”.⁹⁷

Concluimos, diante de todo o exposto, que a atuação conjunta – competência comum – é dever, obrigação que deve ser observada por todos os entes federativos.

Acreditamos ser uma evolução. É inegável, porém, a dificuldade de interpretação da norma constitucional em análise. A competência comum prevê a participação conjunta e paralela. Logo, não há determinação de campos de atuação específica nem residual. Não existe preferência.

Diante dessa dinâmica, surgem os conflitos. Quem deve atuar? Todos? Preferencialmente algum ente? Enfim, são algumas dessas questões que pretendemos responder no decorrer deste trabalho.

⁹⁷ AC 1255 MC/RR, Supremo Tribunal Federal, relatório do ministro Celso de Mello. Completando o raciocínio exposto: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo gênero humano” (RTJ 158/205-206).

5

DISPOSIÇÕES NORMATIVAS ACERCA DO LICENCIAMENTO

Neste capítulo, num primeiro momento, analisaremos as disposições normativas acerca do licenciamento ambiental, em vigência no nosso ordenamento jurídico, e que aludem à questão da competência para sua outorga.

Num segundo momento teceremos comentários ao projeto de Lei Complementar n. 12/2003 anexo a esta dissertação, em tramite no Congresso Nacional que visa solucionar o cerne da problemática exposta anteriormente.

Teremos então duas partes: *normas em vigor acerca do licenciamento e projeto de Lei Complementar em tramitação acerca do licenciamento*. A primeira parte está dividida em subtópicos de acordo com o diploma legal utilizado. Não será privada a análise crítica de algumas dessas normas. Nossa crítica, no entanto, nesse momento não representa a solução para o problema, mas, sim uma preparação para tanto.

5.1 NORMAS EM VIGOR ACERCA DO LICENCIAMENTO

Aqui estudaremos os aspectos de constitucionalidade, eficácia e validade das normas que tratam do licenciamento ambiental no ordenamento jurídico brasileiro e que estão em vigência.

5.1.1 O licenciamento na Constituição Federal de 1988

Começamos nossa exposição das normas constitucionais acerca do licenciamento ambiental trazendo a baila o disposto no *caput* do art. 225, o qual impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para

as presentes e futuras gerações”. Questiona-se, ao analisar referido artigo: o que é Poder Público? Poder Público é aquele inerente à República, que se origina do vocábulo *res publica*, ou seja, o conjunto de bens e direitos que estão sob a tutela da coletividade.

Como demonstrado anteriormente no capítulo que trata do federalismo, o art. 1º c/c 18 da CF aponta como formadores da República Federativa do Brasil a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Nos ensinamentos de Maximiliano Rosso, temos “(...) uma pluralidade de centros de poder, todos dotados de autonomia, mas com campos de atuação delimitados pela própria Constituição Federal”.⁹⁸ Portanto, temos a União, Estados, Distrito Federal e Municípios como entes que compõe a estrutura unificada do Poder Público.

O art. 225 é extremamente relevante para que possamos analisar a distribuição de competências em relação à matéria ambiental. A eficiente interpretação das normas constitucionais deve ser feita interligando-se os diversos dispositivos inerentes à matéria, objeto da distribuição de competência. A análise isolada desses dispositivos, no caso o art. 23, pode gerar uma série de dúvidas quanto à hermenêutica a ser adotada. Assim, o Capítulo VI, do Título VII, que trata do meio ambiente, composto pelo único, mas importante e esclarecedor art. 225, nos ajuda a solucionar certas questões.

O artigo aduzido prevê como dever não só do Poder Público, mas também da *coletividade*, proteger o meio ambiente. Não poderia passar despercebida tal questão. A consultora legislativa do Congresso Nacional, Suely de Araújo, discorre que “(...) o compartilhamento de responsabilidades envolve não só o governo, mas a

⁹⁸ Em ótimo estudo, Maximiliano assim dispôs: “Dada a natureza de defesa ao meio ambiente, que tem como titular não só as presentes, mas as futuras gerações, inviável restringir sua proteção a este ou àquele ente federativo. Conforme já dito, os problemas ambientais desconhecem os conceitos de fronteiras. Não nos olvidamos, ademais, da obrigação do Poder Público, de forma indistinta, em defender e proteger o meio ambiente. Conforme veremos a seguir, o texto constitucional não permaneceu insensível a tais considerações e atribuiu aos entes federativos competências administrativas e legislativas destinadas à proteção do meio ambiente. Referida repartição de competência é crucial ao adequado convívio dos entes e vem ao encontro da indissolubilidade da República Federativa” ROSSO, Maximiliano. Da competência para o licenciamento ambiental e da possibilidade de atuação concomitante dos entes federativos. Livre iniciativa e proteção ambiental. In: PIRES, Luiz Manoel Fonseca; MENCIO, Mariana (Coord.). *Estudos de direito urbanístico I: licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da lei de parcelamento do solo*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006. p. 119.

sociedade como um todo”.⁹⁹ É imperativo, em se tratando de meio ambiente, a atuação social. Não é por falta de motivos que a legislação prevê uma série de penalidades para aqueles que degradam desordenadamente e sem licença ambiental, na maioria das vezes, o meio ambiente. Por representar interesse de todos, o meio ambiente pode ser tutelado mediante ação popular e ação civil pública, o que corrobora o disposto no art. 225, ao prever o dever da coletividade em estar sempre atenta e evitar a degradação ambiental.

Da mesma forma que a Lei Fundamental impõe à coletividade o *amplo dever* de proteger o meio ambiente, ao Poder Público também cabe tal obrigação. Como comentado anteriormente, sem maiores aprofundamentos teóricos, a concepção de Poder Público envolve todos os entes da República Federativa do Brasil. A palavra *dever*, corretamente adotada pela Magna Carta, é parte integrante da questão que envolve competência. No capítulo em que tecemos estudos sobre a concepção de competência e sua importância para o federalismo, afirmamos que os entes não podem dispô-las como bem entender. Possuem caráter de indelegável. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, ao tratarem das raras possibilidades de delegação de competência previstas na Lei n. 9.784/99, afirmam que:

“A competência é irrenunciável. O que pode ocorrer, quando a lei (sempre em senso estrito) expressamente o contemple, é a delegação de competência ou a avocação de competência, uma e outra invariavelmente em cunho parcial, excepcional, transitório e revogável”.¹⁰⁰

Os referidos doutrinadores prevêem a possibilidade de delegação de competência, mas alertam que se trata de atividade que assume feição *parcial, excepcional, transitória e revogável*. A regra é a não delegação. Mas, caso se encaixe em uma série de observações, poderá acontecer, porém, como ainda dispõe na referida obra, “(...) não basta o interesse da Administração para que isso ocorra. Imperativo ainda será que: (...) e) a delegação não envolva matérias indelegáveis (...)”.¹⁰¹

⁹⁹ ARAÚJO, Suely M. V. G. de. Nota técnica: a distribuição de competências governamentais em relação ao meio ambiente, março de 2005. Consultoria Legislativa do Congresso Nacional.

¹⁰⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p. 110.

¹⁰¹ Sobre as hipóteses em que poderá ocorrer a delegação de competência, prevista na Lei n. 9.784/99, Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz apontam: “a) da delegação não resulte laceração, mínima que seja, aos princípios e critérios do art. 2º e seu parágrafo único da Lei n. 9.784, de

Seguindo as orientações acima citadas, em se tratando da competência prevista na Constituição em matéria ambiental, não há que se falar em delegação. A delegação pressupõe que o ente ao qual está sendo delegada a competência não a possui. Não há como a União delegar a competência para fiscalizar o meio ambiente a um Estado-membro, ou a um Município, pois ambos já a possuem. O que incorretamente faz é renunciar à sua competência, sob o pretexto de direcionar aos outros entes a competência que a ela também cabe.

Nesse sentido, o art. 225 é claro ao determinar o caráter de dever a todos os entes, o que só vem a reforçar o disposto no art. 23 da nossa Carta, ao prever a competência material comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em relação ao art. 23, vamos nos ater a apontar suas diretrizes neste momento, pois o estudo a respeito já foi elaborado em tópico anterior. Nos incisos III, encontramos a proteção do meio ambiente cultural ao determinar a proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural; as paisagens naturais; e os sítios arqueológicos. No inciso IV, como complementação do anterior e tratando também do meio ambiente cultural, há a proibição da evasão e destruição de obras de artes e outros bens de valor histórico. No tocante ao meio ambiente natural, o inciso VI trata do combate à poluição, e o inciso VII dispõe sobre a proteção das florestas, da fauna e da flora. Lembrando que estamos tratando da *competência administrativa comum*, art. 23 da Magna Carta, em que não há exclusão nem privilégio nenhum dos entes da administração pública no que tange, nos dizeres de José Afonso da Silva, “à tomada de providências para a sua realização”.¹⁰²

1999; b) da delegação não resulte qualquer degradação, mínima que seja, dos direitos dos interessados e dos deveres da Administração-juiz; c) da delegação não resulte a atribuição de competência a agente impedido ou suspeito; d) a delegação tenha sido, ademais de todo o exposto, decorrente de imperativo de conveniência técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. É dizer, a delegação há de surgir como a técnica capaz de ensejar uma melhor e/ou mais célere (ou cômoda para o administrado: daí a consideração da territorialidade, do art. 12 da lei em questão) dirimência do processo; e) a delegação não envolve matérias indelegáveis (art. 13 da Lei n. 784/1999), emane da autoridade originalmente competente e tenha por destinatário autoridade que não esteja legalmente vedada de exercê-la.” (FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p. 112-113).

¹⁰² SILVA, José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*, p. 77.

Tal perspectiva é o reflexo da adoção do federalismo cooperativo disposto no art. 1º c/c 18 da CF, com arestas determinadas pela forma de distribuição de competências adotadas. A organização eficiente de todo sistema de cooperação é fator indispensável para o alcance da eficácia do Poder Público na proteção ambiental.

Com efeito, o meio ambiente não conhece fronteiras. Os danos ocorridos no Município de São Paulo “não respeitam” a divisa com Santo André, podendo alcançar proporções nacionais e até internacionais. Logo, o meio ambiente é patrimônio da humanidade por assumir um contexto universal, como bem nos esclarece Guido Fernandes¹⁰³.

A competência administrativa comum, prevendo a participação de todos os entes da federação, explica-se por seu objetivo último, que é o de ampliar ao máximo a preservação ambiental. A fiscalização centralizada e exclusiva pela União pode ser passível de falhas em escala maior do que a fiscalização conjunta dos entes em que todos paralelamente cooperam. Nesse sentido, a fiscalização conjunta representa um mecanismo de fiscalização múltipla.

Não obstante o lado positivo dessa fiscalização conjunta, já foi demonstrado que existem problemas. Geralmente, são oriundos das diferenças estruturais entre os entes e a falta de unidade nas ações fiscalizadoras. Para resolver essa situação, a Assembléia Constituinte de 1988 determinou a criação de Lei Complementar no (art. 23, parágrafo único) O projeto de Lei Complementar n. 12/2003, que iremos comentar adiante, ainda está em discussão no Congresso.

Como a Lei Complementar está em fase de elaboração, resta-nos para o trabalho hermenêutico a sistematização do disposto na Constituição Federal com o conjunto normativo infraconstitucional, que se mostra inconsistente, contraditório e, em alguns casos, inconstitucional.

¹⁰³ SOARES, Guido Fernandes Silva. *As responsabilidades no direito internacional do meio ambiente*. 1995. Tese (Titular) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

5.1.2 Política nacional do meio ambiente e o licenciamento ambiental – Lei n. 6.938, de 1981

A Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos, não foi omissa ao tratar do licenciamento ambiental. Alterada em 1989, após o advento da CF de 1988, no seu art. 10 dispõe que os empreendimentos ou atividades que utilizam recursos ambientais, ou os que por sua natureza são capazes de gerar degradação do ambiente, necessitam de *prévio licenciamento ambiental*. Ainda, completando seu *caput*, determina que o licenciamento deve ocorrer em “(...) órgão estadual, competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.¹⁰⁴

Na primeira parte do referido artigo, o legislador impõe que as atividades potencialmente causadoras de dano ambiental “dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente”.¹⁰⁵ Parece claro que a intenção do legislador ordinário era priorizar o licenciamento pelos Estados, ao colocar no *caput* desse artigo, num primeiro enfoque, a sua competência para o licenciamento. Édis Milaré, em relação à lei objeto da presente análise, diz que “versaram referidos diplomas sobre as normas federais básicas para a uniformização do licenciamento ambiental em todo o território nacional, referendando a descentralização de sua outorga, que ficou entregue fundamentalmente aos órgãos estaduais competentes”.¹⁰⁶

Na segunda parte, o legislador determina a competência supletiva da União, por meio do Ibama. Importante analisarmos o que o legislador quis determinar com a expressão “em caráter supletivo”.¹⁰⁷ Recorrendo ao dicionário da língua portuguesa, suplente é aquele que supre, ou seja, pessoa “que pode ser chamada a exercer certas funções, na falta daquela a quem tais funções cabem efetivamente”.¹⁰⁸ A

¹⁰⁴ Lei n. 6.938/81, art. 10, *caput*.

¹⁰⁵ Lei n. 6.938/81, art. 10, *caput*.

¹⁰⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência e glossário. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 541.

¹⁰⁷ Lei n. 6.938/81, art. 10, *caput*.

¹⁰⁸ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

interpretação literal do art. 10 impõe que a União só possa licenciar caso o Estado-membro da federação, competente de acordo com a predominância do interesse, seja omissor.

Note-se que a determinação acima é postura claramente inconstitucional que contraria o disposto no art. 23 da Lei Maior. Conforme descrito anteriormente, quis dar o legislador constituinte caráter abrangente à fiscalização ambiental determinando a *competência administrativa comum* de ambos os entes. Impor à União caráter supletivo no licenciamento é ato privativo de competência que contraria a expressão maior da norma constitucional. Uma lei infraconstitucional, mesmo que de caráter específico, não pode contrariar a distribuição de competências determinada pela Magna Carta. Nem mesmo a lei complementar, possibilitada pelo parágrafo único do art. 23, mas ainda não criada, poderia contrariar uma norma constitucional. Sua função, como demonstraremos adiante, é de criar mecanismos para possibilitar a cooperação, e nunca cercear competências.

Não fica claro o critério que a Lei n. 6.938/81 quis dar ao licenciamento. É evidente que o legislador priorizou a competência dos Estados para licenciar. Contudo, a interpretação constitucional que determina a *competência administrativa comum* não foi alterada. No nosso entendimento, ao afirmar na parte final do *caput* do art. 10 que não haverá “(...) prejuízo de outras licenças exigíveis”¹⁰⁹, deixou margem para que todos os entes exerçam a competência ambiental, bastando, para tanto, norma na sua esfera de atuação que possibilite o licenciamento. Assim, por exemplo, o Município de São Mateus, no Espírito Santo, pode licenciar um empreendimento, se houver norma municipal que o exija, sem prejuízo do licenciamento pelo Estado do Espírito Santo e pela União, que também deve acontecer.

Se o art. 10 teve a intenção de determinar o licenciamento exclusivo dos Estados, não alcançou seu objetivo. A exclusão da União e dos Municípios não foi levada a rigor. Caso o fosse, seria uma norma inconstitucional. De qualquer forma, sua redação mostra a intenção de apontar a prioridade dos Estados no

¹⁰⁹ Lei n. 6.938/81, art. 10, *caput*.

licenciamento. Também não podemos esquecer que estamos analisando uma Lei Ordinária, e a Constituição determinou que somente mediante Lei Complementar poderíamos tratar da questão.

Ainda, adota-se no § 4º do mesmo artigo a competência exclusiva da União em situações onde o impacto ambiental atinja proporção nacional ou regional (mais de um Estado). Trata-se de uma norma baseada no *princípio da predominância do interesse*. Sua inconstitucionalidade é patente. *É obvio que quando o impacto é de grande proporção o interesse da União existe, mas esse interesse não exclui o interesse dos outros entes*. O impacto local existe antes mesmo do impacto nacional. Em regra, os danos ambientais são maiores no local de instalação do empreendimento. Excluir os Municípios da possibilidade de fiscalizar o meio ambiente vai contra o *princípio da primazia do interesse local previsto no art. 30 da CF e, ainda, o art. 23 que prevê a competência comum*.

Todavia, essa é a única lei elaborada mediante processo legislativo do Congresso Nacional que trata da questão. Sua intervenção sobre a matéria não vai além do que acima foi exposto. *É tímida e contraditória, pois não deixa clara sua intenção em relação à competência, no que tange ao licenciamento ambiental*.

5.1.3 Decreto n. 99.274/90 – Regulamenta a Lei n. 6.938/81

A Lei n. 6.938/81, alterada pelas Leis n. 7.804/89 e n. 8.028/90, foi regulamentada entre outros instrumentos normativos pelo Decreto n. 99.274/90. No seu art. 7º, I, determina como competência do Conama “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras, a ser concedida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e supervisionada pelo referido instituto”.

O decreto não exclui a competência de nenhum dos entes. Deixa claro, de forma expressa, que o licenciamento pode ser concedido tanto pela União quanto pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. O que percebemos de diferente é a determinação de supervisão do licenciamento pelo Ibama.

O Ibama, entidade autárquica vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, representa o '*longa manus*' da União para as questões de fiscalização ambiental. O referido artigo impõe a supervisão pelo Ibama do licenciamento, independentemente do ente que o promoverá. Ou seja, se uma empresa requer o licenciamento ambiental de um empreendimento no Município de São Paulo, a União irá supervisionar. O mesmo ocorre com os Estados e o Distrito Federal.

Esse instrumento de supervisão acima, previsto de forma impositiva e considerado apenas para a atuação do Ibama, pode gerar problemas em relação à autonomia dos demais entes. Isso porque somente a União, através do Ibama, é quem pode utilizá-lo. Os demais entes não podem supervisionar os licenciamentos da União nem de outros entes. Trata-se de patente de desequilíbrio, em que a União pode mais que os outros entes. Isso fere o *pacto federativo*.

É certo que supervisão significa dirigir ou orientar em plano superior¹¹⁰. A dinâmica do art. 23 da C.F. não permite nenhuma exclusão. Repetimos: a competência é comum. Significa que o ato de supervisionar não é privativo da União. Todos os entes, indiscriminadamente, possuem o dever de fiscalizar o meio ambiente e, conseqüentemente, permanecer em alerta para um possível dano. O licenciamento, se elaborado de forma indesejável pela União, pode ser fiscalizado pelo Município ou pelo Estado. Nenhum ente coloca-se de forma superior ao outro a ponto de poder supervisionar o licenciamento. O que ocorre é o controle mútuo, a fiscalização conjunta, como um "sistema de pesos e contrapesos" em que *todos devem participar da fiscalização ambiental*.

¹¹⁰ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário da língua portuguesa*, cit. Verbetes "supervisar": dirigir ou orientar em plano superior.

5.1.4 Resolução Conama n. 237/97

Posteriormente, o Conama, no uso de suas atribuições conferidas pela Lei n. 6.938/81 e pelo Decreto Presidencial n. 99.274/90, visando regulamentar inúmeros aspectos do licenciamento ambiental, promulgou a Resolução Conama n. 237, de 19 de dezembro de 1997.

Importante alertar em relação à polêmica que existe em torno desse instrumento criado, diga-se de passagem, na esfera administrativa. Sua inconstitucionalidade é patente e será demonstrada no tópico a seguir, mediante interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico. Neste momento, analisaremos seus comandos mediante uma interpretação apenas literal, sem nos atermos propriamente às questões inerentes a sua inconstitucionalidade, o que será feito no tópico seguinte.

A definição e formalização do processo de licenciamento são importantes para que tenhamos um padrão na fiscalização ambiental. Isso diminui a burocracia para o empreendedor e aumenta os padrões de qualidade na fiscalização. Acreditamos que, não fosse a forma incorreta de surgimento no nosso ordenamento jurídico e alguns mecanismos incoerentemente dispostos, a padronização procedimental proposta pela resolução em tela representaria um avanço. Não foi o que ocorreu, principalmente por sua inconstitucionalidade e por duvidáveis mecanismos no que tange à eficiência.

O art. 4º determina que: “Compete ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis – Ibama, órgão executor do Sisnama, o licenciamento ambiental (...)”. Portanto, a União, por meio da sua autarquia responsável pela preservação ambiental, procederá ao licenciamento levando em consideração alguns critérios.

O primeiro critério é orientado pelo princípio da predominância do interesse. O *caput* do artigo descrito acima termina determinando que o Ibama licenciará “(...) empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional”. Alexandre de Moraes aduz que “(...) pelo princípio da

predominância do interesse, à União caberá as matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local”.¹¹¹

A resolução determina situações em que a União teria predominância de interesse ao licenciar. São elas: atividades desenvolvidas em parceria com países fronteiriços (inc. I); empreendimentos desenvolvidos em mais de um Estado (inc. II); aqueles empreendimentos em que os impactos ultrapassem as divisas do Brasil, atingindo outros Estados (inc. III).

O segundo critério utilizado para o licenciamento pelo Ibama baseia-se no grau de periculosidade em relação ao impacto ambiental do empreendimento. São atividades em que o impacto ambiental é elevado. Nesse sentido, o inciso IV menciona atividades relacionadas ao manuseio de material radioativo. O inciso V refere-se a empreendimentos militares.

O § 1º do art. 4º determina que os licenciamentos tratados neste art. 4º devem “considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e dos Municípios em que se localizar o empreendimento”.¹¹² Entendemos nesse parágrafo constar mais uma vez o peso da determinação constitucional constante no art. 23. O Conama determina situações específicas para o licenciamento pela União, mas, por outro lado, impõe a necessidade de elaboração de parecer técnico dos demais interessados. Questiona-se: esse parecer técnico tem força de veto? Ou seria meramente orientador? Pela lógica o parecer é meramente orientador, instrutivo, senão não haveria motivo para elaboração de um artigo específico determinando a competência exclusiva da União em algumas situações.

O § 2º dispõe que a União, através do Ibama, “(...) poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências”. Para José Afonso da Silva,

¹¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 270.

¹¹² Resolução Conama n. 237/97, § 4º.

competências “(...) são as diversas modalidades de poder¹¹³ de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”.¹¹⁴ Quando o autor utiliza a palavra *função*, devemos entender como *dever*. O art. 225 da CF deixa claro que a proteção ambiental não é um exercício facultativo. É uma atribuição que o poder público deve assumir. A delegação de competência, no que tange à responsabilidade de cada ente no trato com as questões ambientais, configura-se uma infeliz possibilidade da União ausentar-se do *dever* que lhe cabe de fiscalizar e proteger o meio ambiente.

Não devemos confundir delegação de competência com a cooperação que, sem dúvida, deve existir entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A cooperação é o trabalho simultâneo e comum, fruto de convênios, que sempre foi desejável e representa o espírito do disposto no § 1º do art. 23 da Magna Carta. Assim, referido dispositivo legal padece de constitucionalidade em face da função que exerce a União ao fiscalizar o meio ambiente. Portanto, nem por lei, nem por convênio, um ente da federação pode delegar dever, como é o caso da defesa do meio ambiente.

Seguindo a análise, o art. 5º da resolução trata da competência dos Estados e do Distrito Federal. Adota, também, o princípio da predominância do interesse como sua linha de estruturação. Segundo suas disposições, o licenciamento deve ser processado nos Estados ou no Distrito Federal quando o empreendimento for localizado, desenvolvido, ou cujos impactos ambientais diretos ultrapassem o território de mais de um Município ou, ainda, que ocorram em áreas de conservação de domínio dos Estados ou do Distrito Federal (inciso I e III), bem como das atividades que ocorram nas áreas de florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente (inciso II).

O inciso IV dispõe que os Estados e o Distrito Federal poderão licenciar empreendimentos, nos casos do art. 4º acima demonstrado, quando lhes for

¹¹³ No Capítulo 4 discordamos do autor citado, ao adotarmos a posição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que ao analisar *competência* desassocia seu conceito de *poder*. O *poder* é na verdade um instrumento indispensável para efetivar as competências, que nada mais são do que atividades que devem ser exercidas pelos entes da federação, constitucionalmente determinadas.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 419.

delegada a competência pela União. Nesse caso, trata-se de complementação ao § 2º do art. 4º, sobre o qual já nos posicionamos de forma contrária quanto à possibilidade de delegação de competência.

Continuando a análise do art. 5º, o parágrafo único impõe a necessidade de elaboração de parecer técnico dos Municípios em que se localiza o empreendimento e, ainda, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes. Pedimos vênias para novamente levantar questionamento: *o parecer técnico, na ótica do licenciamento disposto no art. 5º, elaborado pelo Município e contrário à instalação do empreendimento, impediria a emissão de licença pelo Estado?* Surgem, novamente, dificuldades oriundas da redação da resolução em análise. O parecer não é decisão final, trata-se de instrumento orientador e que não exerce poder decisório. Logo, o parecer do Município é documento que visa apenas instruir o processo de licenciamento.

Por sua vez, o art. 6º, observando como os demais a predominância do interesse, afirma que compete aos Municípios o “licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local”. Também caberá o licenciamento pelos Municípios no caso de delegação de competência dos demais entes por meio de instrumento legal ou convênio. Ainda assim, da mesma forma que dispõem os arts. 4º e 5º, exige-se o parecer técnico dos demais órgãos competentes.

Para completar, a falta de sintonia existente entre os artigos da resolução acima citados termina por “sentenciar” no art. 7º o que já poderíamos prever ao analisar a resolução nos seus artigos anteriores, ou seja: “Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores”. É flagrante a inconstitucionalidade. Passaremos então a tratar desse assunto.

5.1.5 Da inconstitucionalidade da Resolução n. 237/97

Neste momento, é importante remontarmos aos estudos em relação ao federalismo, que foram expostos em capítulo específico. A estrutura organizacional dessa forma de Estado gera inúmeros centros autônomos que possuem competência para legislar. Nos Estados que adotam o federalismo existe um número elevado de leis, pois cada ente terá competência para legislar. Os conflitos de normas existentes num mesmo momento histórico e que tratam do mesmo assunto não são raros e acabam por cumular com outras situações incoerentes, como normas editadas por quem não têm competência e outras que não observam o devido processo legislativo.

O Estado Federal caracteriza-se pela diversidade de coletividades públicas dotadas de autonomia política. Assim, representa um todo, ou seja, é o conjunto dos diversos entes políticos componentes da sua estrutura. É dotado de personalidade jurídica de direito público internacional. Logo, o titular da soberania é o Estado Federal.

Como descrito anteriormente, o Estado Federal brasileiro é formado, além da União e Estados, pelo Distrito Federal e Municípios. Nesse contexto, a União assume o papel de ente que representa internamente a vontade do Estado Federal e que tem personalidade jurídica de direito público interno.

Temos então uma dupla função para a União. Ela assume o papel de representatividade do Estado Federal, o que dizemos ser um aspecto nacional, e, por outro lado, é responsável por uma série de atuações ligadas às suas funções como ente federativo autônomo que não se confunde com o Estado Federal, e a iguala aos demais entes da federação com autonomia para exercer suas competências. Nesse sentido, Geraldo Ataliba afirma que devemos “(...) distinguir a feição ou o aspecto nacional do aspecto federal (...)”.¹¹⁵

¹¹⁵ ATALIBA, Geraldo. *Estudos e pareceres de direito tributário*. São Paulo: RT, 1980. v. 3, p. 16.

A feição nacional é assumida pela União quando seus órgãos exercem a representatividade da República Federativa do Brasil, abrangendo todos os entes. Podemos citar como exemplo a representatividade na ratificação de um tratado em que todo o Estado Federal está sendo representado numa negociação internacional com outros Estados, sendo isso promovido pela estrutura da União. Já o aspecto federal da União aflora quando esta é vista como ente componente de toda a federação e que assume competências não representativas, mas apenas para sua auto-organização como ente federativo. É o caso, por exemplo, de quando é editada uma norma que trata do plano de cargos e salários dos seus ministérios.

A elaboração de leis pela União envolve a sistemática acima exposta. Ora irá legislar para a nação, ora para sua própria organização interna, visando, neste caso, exercer suas competências como ente federativo¹¹⁶. Quem assume essa tarefa de legislar tanto para um contexto nacional quanto para a União como ente da federação é o Congresso Nacional.

Essa distinção é importante, pois temos assim duas espécies de leis criadas no nosso sistema federativo. *As leis nacionais e as leis federais*.

As leis nacionais compreendem as normas gerais, que são impositivas a todos os entes da federação. São normas que possuem um caráter de generalidade indispensável à sua observância por todos os entes federativos. São leis importantes para padronizar a atuação da administração pública, independentemente da sua esfera de atuação no Estado Federal.

Já as *leis federais* são criadas exclusivamente para a União no exercício da sua atuação administrativa. Referidas leis não são nem podem ser impostas aos demais entes federativos. São leis inerentes a atividades administrativas da União e somente por ela devem ser observadas. Corrobora esse entendimento a dra.

¹¹⁶ Geraldo de Ataliba abrange as leis dentro do rol que separa as atividades da União, quando assume a feição nacional, ou o aspecto federativo. Senão vejamos: “Seus órgãos são alternativa ou cumulativamente nacionais (vale dizer, brasileiros) e federais (vale dizer, da União), pessoa que se não confunde com estado federado algum” (ATALIBA, Geraldo. *Estudos e pareceres de direito tributário*, p. 16).

Daniela Campos Liborio Di Sarno, ao afirmar que “(...) a União não pode legislar sobre o interesse de certo Estado-membro ou Município”.¹¹⁷

Exemplificando, temos o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01, que trata das diretrizes gerais da política urbana, uma norma elaborada pela União e que têm caráter geral, ou seja, devem ser observadas por todos os entes da República Federativa do Brasil. Portanto, é uma norma de caráter nacional. Por outro lado, temos a Lei n. 9.784/99, que trata do processo administrativo. Referida norma, elaborada pela União, tem validade apenas para suas atividades administrativas. É, portanto, uma lei federal que só vale para a União, tendo sido criada por si e para si mesma, e não pode ser imposta a nenhum outro ente.

As leis descritas possuem em comum o fato de serem processadas legislativamente pelo Congresso Nacional, às vezes, em ritos bem parecidos e em outros idênticos. Tudo isso dificulta a identificação da sua finalidade, ou seja, se é uma *lei nacional* ou se é uma *lei federal*.¹¹⁸

Nesse contexto, temos ainda as resoluções editadas pela União e pelos demais entes de acordo com suas competências. Importante diferenciarmos as resoluções criadas pelo Conama, que é um órgão ligado ao Ministério do Meio Ambiente, portanto componente do Poder Executivo da União, da resolução prevista no art. 59, VII, da CF. Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina que a resolução prevista no rol do art. 59 da Magna Carta, que trata do processo legislativo, “(...) equivale, sob o aspecto formal, à lei, já que emana do Poder Legislativo e se compreende no processo de elaboração das leis, previsto no artigo 59”.¹¹⁹ Não é o

¹¹⁷ Assevera a autora em relação a essa regra organizacional que “Não são poucas as confusões e distorções havidas diante do quadro de normas federais. Elas ocorrem geralmente porque a União, além de editar normas gerais, também edita as normas particularizadas para a instância federal”. (DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da cidade*, p. 63).

¹¹⁸ Daniela Campos Liborio Di Sarno aponta outra complicação para a situação, afirmando que numa mesma lei editada pela União “(...) pode haver orientações gerais para Estados-membros, Municípios e Distrito Federal e orientações particularizadas para a própria União, enquanto unidade integrante da estrutura federativa. Um exemplo claro desta situação ocorre com a Lei Federal de Licitações” (DI SARNO, Daniela Campos Liborio. *Competências urbanísticas*, p. 63).

¹¹⁹ A autora completa seu raciocínio afirmando que a resolução prevista no art. 59 “Normalmente é utilizada para os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstos no artigo 49 da Constituição, e para os de competência privativa da Câmara dos Deputados (art. 51), e do Senado (art. 52), uns e outros equivalendo a atos de controle político do Legislativo sobre o Executivo” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 242).

caso da resolução, que aqui trataremos como uma espécie de regulamento, segundo a classificação que se segue.

Diante da classificação adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁰, as resoluções, assim como as instruções e portarias são espécies de *regulamentos*. Os regulamentos são atos expedidos pelos órgãos do Poder Executivo. Nesse contexto, o doutrinador nos ensina que “(...) o sentido principal da voz ‘regulamento’ está reportado a atos emitidos pelo Chefe do Poder Executivo”.¹²¹

Os regulamentos não se confundem com as leis. O autor acima citado aponta três diferenças. A primeira refere-se ao fato de os regulamentos serem editados pelo Executivo, não havendo, portanto, processo de elaboração, fruto da atividade do Legislativo e, por isso, não serem considerados leis.

A segunda diferença reside no fato de que *o processo legislativo proporciona às leis uma posição de supremacia* em relação aos regulamentos. Trata-se da questão da representatividade. O Legislativo é formado por representantes eleitos diretamente. Em tese, representam a vontade do povo. Essa vontade é discutida durante o processo legislativo e culmina na elaboração e votação das leis através de um processo democrático. Já os regulamentos são frutos de decisões que não possuem um processo formalizado e representativo da mesma forma que as leis. O debate sobre o seu conteúdo é menor do que no Legislativo, e muitas vezes nem existe. Logo, a lei surge no ordenamento com maior robustez, amparada pela feição democrática, consequência de estudos e debates sobre o seu conteúdo. Pelos motivos expostos, as leis possuem supremacia em relação aos regulamentos.¹²²

¹²⁰ Sobre o assunto, o autor aduz: “Tudo quanto se disse a respeito de regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 307).

¹²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 310.

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 311-312.

A terceira diferença, que merece atenção especial em face da importância para conclusão do nosso raciocínio, é a de que *somente a lei pode inovar no ordenamento jurídico*. Seabra Fagundes aduz essa diferença, afirmando que ao regulamento não cabe “(...) modificação à ordem jurídica vigente. Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas, apenas pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei)”. Assevera ainda que havendo inovação por regulamento, este “exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso”.¹²³

A Resolução n. 237/97 pecou em inúmeros aspectos. Em primeiro lugar, devemos observar que não compreende nem lei nacional nem lei federal. Trata-se de espécie de regulamento. Foi criada pelo Poder Executivo da União e não observou nenhum processo legislativo. Por não ser considerada lei federal, quanto menos lei nacional que possui feição de norma geral, uma vez que nem mesmo foi criada pelo Legislativo, nunca poderia impor suas diretrizes para outros entes.

Nesse sentido, a Resolução n. 237/97 padece de validade ao pretender impor a todos os entes da federação seu conteúdo. A resolução só pode ser dirigida para o próprio ente que lhe criou. Como espécie de regulamento nunca poderá conter caráter de norma geral. Essa tentativa da resolução de impor-se como norma geral aos demais entes representa a quebra do *pacto federativo*. Trata-se de invasão na esfera de autonomia organizacional de cada ente. Mesmo os artigos que tratam apenas de atos processuais, como os que definem as etapas que devem ser observadas no licenciamento, não podem ser impostos aos demais entes. Cada ente possui competência para se auto-organizar, e não será um regulamento do Poder Executivo da União que irá impor, por exemplo, ao Município de Vitória, que observe seu rito processual na emissão de licenças ambientais.

Somente o Congresso Nacional pode editar normas gerais. A resolução visa regulamentar uma situação para todos os entes da federação. Portanto, tem caráter de norma geral. E, como sabemos, não cabe ao Poder Executivo editar normas

¹²³ FAGUNDES, Seabra *Princípios gerais de direito administrativo. O Controle dos atos administrativo pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 316. Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 312.

gerais, interferindo na autonomia dos demais entes prevista no art. 18 da CF de 1988. Logo, é inconstitucional nesse aspecto formal.

Bastavam os argumentos acima para caracterizar a inconstitucionalidade da Resolução n. 237/97, por não observar os preceitos de competência legislativa dispostos na Constituição e, assim, contrariar o *pacto federativo* ao tentar impor aos demais entes seu conteúdo, desrespeitando por isso a autonomia de cada um. *No entanto, a sua inconstitucionalidade não se resume ao aspecto anterior. Seu conteúdo também é inconstitucional.*

A resolução em tela não se abstém em apontar aspectos processuais na emissão de licenças ambientais. Vai além. Traz como uma de suas finalidades o estabelecimento de critérios para o exercício de competências no licenciamento.

Como demonstrado anteriormente, a resolução, com base em critérios de predominância do interesse, direciona a competência no licenciamento para um único ente. O art. 6º, por exemplo, exclui a competência da União e dos Estados e a direciona para os Municípios, em se tratando de empreendimento com impacto apenas local. Visando dar um caráter participativo para os entes que forem excluídos da sua competência em licenciar, criou um sistema de parecer técnico em que os entes excluídos poderão apenas instruir o processo de licenciamento, que será comandado e decidido pelo ente eleito pela resolução para tanto. Portanto, de acordo com a infeliz redação da resolução, quem decide por conceder ou não a licença é o ente que preencher o critério da predominância do interesse.

Objeto de estudo anterior, o art. 23 da CF prevê a competência administrativa, ou seja, a que envolve o exercício de atividades no que tange à proteção ambiental. Como sabemos, trata-se de competência comum. José Cretella Junior assim dispõe a respeito: “Competência comum é cooperação administrativa, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar, em âmbito nacional (...)”.¹²⁴

¹²⁴ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, p. 1.740-1.741.

A feição de cooperação proposta pelo art. 23 da Lei Fundamental fica clara no seu § 1º, que a prevê textualmente. A cooperação entre os entes é desejável, uma vez que, não exclua a participação de nenhum deles no processo de licenciamento. A idéia proposta pela competência comum é justamente essa, criar um sistema de cooperação que proporcione equilíbrio ao federalismo, em que os entes possam dialogar e, assim, ampliar a atuação conjunta em matérias importantes como a proteção ambiental, proporcionando dessa forma o fortalecimento do federalismo de equilíbrio.

Inversamente, a resolução em discussão utiliza um critério de exclusão com base no princípio da predominância do interesse. Concordamos com a doutrina majoritária¹²⁵ de que referido princípio serviu de base para o legislador constituinte elaborar o sistema de distribuição de competências previstas na Magna Carta de 1988. Serviu de norte para a criação da competência exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º), da competência privativa (art. 22), da competência concorrente (art. 24), da competência suplementar (art. 24, §§ 1º a 4º) e até da competência local dos Municípios (art. 30, I).

Contudo, relevante questão se põe: o princípio da predominância do interesse exerceu alguma influência na criação pelo constituinte da competência comum constante no art. 23 da Magna Carta?

Respeitadas as posições contrárias, afirmamos que o princípio em tela não exerceu influência sobre a criação do mecanismo da competência comum previsto no art. 23 da nossa Lei Fundamental. Isso, por um motivo muito simples: a competência comum não permite a exclusão de nenhum ente, ao passo que as demais trabalham com um sistema de determinação de competências que, por conseguinte, gera exclusões. No art. 23, a intenção é justamente contrária a isso. O que pretende seu texto é a participação de todos os entes de forma paralela mediante cooperação.

¹²⁵ Daniela Campos Liborio Di Sarno, a respeito, dispõe: “O princípio que norteou estas diferenciações foi o da predominância do interesse. A União tem interesse geral; os Estados-membros, interesse regional; o Distrito Federal, interesse regional e local; e o Município, interesse local” (Competências urbanísticas, p. 62).

É evidente que, em matéria legislativa, esse tipo de competência não seria possível, pois geraria uma série de conflitos normativos. No caso de existir, por exemplo, no ordenamento jurídico, normas de todos os entes tratando de licenciamento de veículo automotivo. Não poderíamos viajar de um Município para outro, porque possivelmente a legislação seria diferente e incorreríamos em infração.

Em se tratando de competência administrativa, entretanto, isso é possível e representa, como já mencionado, a intenção do *federalismo de equilíbrio*. É verdade que num Estado como o nosso, desorganizado administrativamente, com uma série de diferenças estruturais de ente para ente, é uma tarefa difícil conseguir resultados positivos. Todavia, foi essa a intenção do legislador constituinte.

5.1.6 Da abrangência da lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23

O parágrafo único do art. 23 da CF dispõe que: “Lei complementar fixará normas para cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Sobre as possibilidades de criação da lei complementar, Suely M. V. G. de Araújo nos ensina que: “Em tese, o parágrafo único do art. 23 da Constituição pode gerar uma lei complementar única aplicável a todo conjunto de competências comuns ou várias leis complementares específicas, direcionadas cada uma a um setor (...)”.¹²⁶

Ocorre que até o presente momento não existe no nosso ordenamento a lei complementar que trata do meio ambiente, como previsto no art. 23, em meio a outras matérias, quanto mais uma lei complementar que trate de todas as matérias lá previstas. O que existe em discussão é o projeto de Lei Complementar n. 12/2003,

¹²⁶ ARAÚJO, Suely M. V. G. de. Nota técnica: a distribuição de competências governamentais em relação ao meio ambiente, março de 2005. Consultoria Legislativa do Congresso Nacional.

proposto pelo deputado Sarney Filho, ex-ministro do Meio Ambiente, que se encontra desde maio de 2005 na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (Capard).

Antes de tratarmos desse projeto de lei é relevante analisarmos a concepção das *leis complementares*. Conforme os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁷, a *lei complementar* deve cumprir seu papel de regulamentar determinada matéria que o legislador constituinte entendeu que não deveria ser detalhada na Constituição, sob pena do seu engessamento, ou seja, da dificuldade que se teria para modificá-la posteriormente, mediante emenda constitucional, e, por outro lado, da facilidade que se teria para revogá-la caso a matéria fosse tratada por lei ordinária.

Sua função é tão-somente a de complementar uma norma constitucional, e por isso, recebe, ressalvados os entendimentos contrários, *status* diferenciado das leis ordinárias¹²⁸, *mas sempre inferior ao das normas constitucionais, não podendo exceder seu conteúdo na criação de direitos, diminuir sua abrangência, quanto menos contrariar os preceitos básicos traçados pela Carta Maior.*

¹²⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dispõe de forma magistral: “É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta...) e a Constituição (e suas emendas). Não é só, porém, o argumento de autoridade que apóia essa tese; a própria lógica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasional em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o contribuinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral do Direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido a mesma forma” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995). Nesse sentido, temos ainda Miguel Reali, que diz que as leis complementares configuram-se como “*tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente”. (REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 110.)

¹²⁸ Importante salientar que existem divergências ferrenhas na doutrina quanto a uma possível hierarquia entre leis complementares e ordinárias. Não pretendemos aqui expor tal mérito, resguardando apenas o entendimento de que são ambas normas primárias com *status* diferenciado. Assim, não obstante o posicionamento de Celso Bastos pela ausência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, expõe que “(...) o que vier disposto em lei complementar legítima não pode ser infringido pelas leis ordinárias. Trata-se, portanto, de um caso manifesto de reserva de matérias. As leis complementares tornam-se as únicas aptas a versar certas matérias. Daí porque qualquer contrariedade que venham a encontrar por parte das demais leis tem por causa, muito certamente, o estarem estas leis indevidamente invadindo o campo material próprio das leis complementares”. (BASTOS, Celso. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 166.)

No caso específico da competência administrativa, a Constituição foi clara ao apontar a necessidade de fiscalização ambiental por todos os entes. Mas, por outro lado, reconheceu que isso poderia gerar um grande problema. *Na busca de uma solução, o legislador constituinte acabou por possibilitar ao legislador infraconstitucional a criação de norma que orientasse a cooperação de todos os envolvidos no licenciamento.*

Sua função é, em tese, gerar a cooperação entre os entes. O legislador infraconstitucional, na criação da lei complementar que venha a regular o disposto no parágrafo único do art. 23, não pode, contudo, ultrapassar em hipótese alguma a criação desses mecanismos de cooperação mediante a indicação de competência exclusiva, sob pena de inconstitucionalidade.

Pelo exposto, entendemos que não é possível a criação de uma lei complementar que limite a competência para licenciar a um ente apenas. Seria contrariar a própria Constituição, que prevê a competência comum.

Como mencionado anteriormente, a proteção ambiental é *dever da coletividade e do Poder Público*, previsto dessa forma na Lei Fundamental. O Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), instituído pela Lei n. 6.938/81, representa bem essa situação de atuação concomitante de todos os entes. Integrado por órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, visa organizar a atuação conjunta dos mesmos. Portanto, reflete bem o caráter de cooperação pelo constituinte.

Esse é o espírito da competência administrativa comum, que não pode ser contrariado pelo legislador infraconstitucional, sob pena da lei ser declarada inconstitucional.

5.1.7 Do projeto de Lei Complementar n. 12/2003

O projeto de Lei Complementar n. 12/2003 proposto pelo deputado Sarney Filho, de acordo com seu art. 1º, tem por objetivo “(...) fixar normas de cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os Municípios para a competência comum em relação a proteger o meio ambiente (...)”. Sua finalidade, portanto, é complementar o parágrafo único do art. 23, criando normas de cooperação entre os entes no que tange especificamente à defesa do meio ambiente.

O projeto de lei em tela possui três capítulos e trabalha em duas frentes. No primeiro capítulo (art. 1º e 2º), expõe os princípios para cooperação dos entes federativos e determina as competências que terão em relação ao meio ambiente. No segundo capítulo (art. 3º a 12), trata propriamente da cooperação entre os entes, e no terceiro e último, traz as disposições finais e transitórias (art. 14 e 15).

5.1.7.1 Quanto à União

O primeiro capítulo, ao tratar das competências, determinou que à União caiba a atuação, visando a proteção ambiental, nos casos de interesse nacional ou regional e, ainda, supletivamente sempre que for necessário (art. 2º, V).

O primeiro critério utilizado na classificação acima foi o da predominância do interesse, ou seja, à União caberia a atuação em matérias de predominante interesse nacional e regional. As matérias de interesse nacional são aquelas que envolvem toda a nação, ou seja, é interesse geral do Estado brasileiro. Logo, em se tratando da atuação da União nos casos de interesse nacional, podemos afirmar que, apesar de não concordarmos com sua utilização, conforme demonstraremos a seguir, o princípio da predominância do interesse foi observado corretamente.

No entanto, quando se refere ao interesse regional, restam algumas dúvidas. Lúcia Valle Figueiredo afirma que o campo de abrangência em relação ao interesse regional surge “(...) quando (os interesses) ultrapassarem os limites do município

(...) ¹²⁹, ou seja, quando envolver mais de um Município. Nesse caso, a autora entende que o interesse regional, com base no princípio da predominância, é do Estado-membro onde se localizam os Municípios.

Duas conclusões podem ser extraídas da questão: a primeira, de que o projeto de Lei Complementar utilizou o princípio da predominância do interesse equivocadamente, pois de acordo com sua feição caberia aos Estados o interesse regional; e a segunda, de que o conceito do legislador sobre o *interesse regional* aplicado à resolução é diferente do da dra. Lúcia Valle citado acima, abrangendo não só as matérias que envolvam os Municípios de um Estado, mas toda uma região formada por vários Estados como as regiões Sudeste e Nordeste. Não restou clara a posição do legislador.

Afirma ainda, no mesmo dispositivo (art. 2º, V), que União atuará “(...) supletivamente, sempre que necessário à garantia do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado”. Suplente, que origina a expressão supletivamente, significa o seguinte, segundo o dicionário da língua portuguesa: “Pessoa que pode ser chamada a exercer certas funções, na falta daquela a quem tais funções cabe efetivamente”. ¹³⁰ Portanto, reeditou ainda a possibilidade de a União fiscalizar o meio ambiente sempre que os demais entes não o façam. Aí não houve inovação, pois a competência comum prevista constitucionalmente já possibilita essa situação.

5.1.7.2 Quanto aos Municípios

Seguindo nossa análise, aos Municípios (art. 2º, VI) foi reservada a atuação nos casos de interesse exclusivamente local, ou seja, aqueles que o âmbito de abrangência não ultrapasse seus limites.

Confusa, porém, ficou a disposição seguinte, no mesmo inciso, a qual prevê “(...) nos demais casos, sempre que necessário, em caráter preliminar, até a

¹²⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. 2º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. Conferência de Abertura, tópico 16, data 5 maio 2004.

¹³⁰ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário da língua portuguesa*, cit.

efetivação da atuação pelo ente federativo competente”. Entendemos que sua intenção ao prever tal mecanismo é possibilitar a solução de alguns problemas estruturais que possam surgir como uma empresa que necessita de uma licença ambiental e o órgão da União competente, segundo a resolução, está em greve há muito tempo. Ou quando o mesmo órgão está com grande demanda de processos e não tem previsão para dar uma decisão. Isso possibilitaria a atuação prévia dos Municípios para solucionar o problema do empreendedor, sendo que depois a União efetivaria ou não a decisão tomada.

5.1.7.3 Quanto aos Estados

Aos Estados e ao Distrito Federal foi determinada as competências residuais, mediante a atuação complementar em todos os casos não caracterizados como de interesse nacional, regional ou exclusivamente local (art. 2º, VII). Conforme exposto anteriormente, seguindo a linha da dra. Lúcia Valle, o interesse regional baseado no princípio da predominância do interesse ficaria por conta dos Estados por envolver mais de um Município. Contudo, não parece que é a vontade exposta no projeto. Sua intenção é a de que os Estados e o Distrito Federal só atuem quando a União e os Municípios não atuarem. Ou seja, configura-se limitação da competência em matéria ambiental.

5.1.7.4 Da cooperação entre os entes federativos

O segundo capítulo trata especificamente da cooperação entre os entes federativos. Essa cooperação deve ser implantada pelo Sisnama.

Prevê, também, a criação de um órgão colegiado, de caráter nacional, com funções normativa, deliberativa e consultiva. Todos os conflitos que envolverem o meio ambiente seriam solucionados mediante sua análise. A intenção nesse caso é propiciar uma saída para os conflitos entre os entes federativos. Nesse aspecto, entendemos ser válida a criação desse órgão, que estaria ligado à União.

Como o Conama, no entanto, esse órgão também seria ligado à estrutura administrativa da União e, conforme já demonstramos, não pode normatizar para outro ente que não a União. Ou seja, o papel normativo, que é uma de suas funções, não lhe cabe. O Congresso Nacional, e só ele, possui a competência para legislar ao mesmo tempo para todos os entes, criando as normas nacionais.

5.1.7.5 Da conclusão sobre a análise do projeto de lei

A extensão da lei complementar tem que ser analisada. Poderíamos por um lado sustentar que a lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 da Carta Maior possui, em tese, legitimidade para determinar a competência em relação ao meio ambiente visando à cooperação entre os entes. Excluir a competência dos Municípios, por exemplo, ou determinar prioritariamente a competência dos Estados.

De forma oposta, segundo posição que adotamos, acreditamos que a lei complementar tem por objetivo exclusivo criar mecanismos que possibilitem a cooperação dos entes. Como a criação de um órgão que gerenciasse o licenciamento ambiental paralelo entre os entes, opção que apresentamos mais à frente.

No primeiro caso, acreditamos que há inconstitucionalidade. O art. 23 é claro ao determinar a *competência administrativa comum*, que, como anteriormente demonstrado, prevê a atuação paralela da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Quando a lei complementar limita a competência de um desses entes e privilegia outro, está contrariando a feição dada à competência comum.

Não obstante, o seu segundo capítulo, ao tratar da cooperação entre os entes, que é o que prevê o parágrafo único do art. 23, foi omissivo e insatisfatório em muitos pontos. Não ficou clara a sua intenção nem como se dará. Previu poucos procedimentos administrativos, deixando uma margem de atuação muito grande para cada ente federativo. Não determinou padrões ambientais a serem seguidos, o que seria interessante ao criar uma forma de atuação comum. Em alguns pontos,

envolve minúcias técnicas que complicam a sua interpretação e deixam margem para questionamentos.

Importante salientar que o art. 23 da CF possui eficácia plena, sendo a lei complementar muito bem-vinda, mas apenas para criar mecanismos que possibilitem a cooperação. Infelizmente, o projeto em análise preocupou-se muito mais em distribuir competência entre os entes federados do que criar mecanismos eficientes de cooperação.

Mesmo com todas as críticas, é possível vislumbrarmos a boa intenção do projeto. Há mais de 16 anos foi esperada sua apresentação. O ex-ministro do Meio Ambiente e deputado Sarney Filho, que propôs o projeto, reconhece que há a necessidade de discuti-lo, e justifica a apresentação da proposta afirmando que “(...) tem por objetivo servir de suporte inicial a essa importante discussão”.¹³¹

Portanto, o projeto requer profunda discussão envolvendo de preferência inúmeros segmentos da sociedade, e ser analisado por profissionais capazes de manter a previsão constitucional sobre o tema na elaboração dos mecanismos de cooperação. Isso contribuirá para o aprimoramento do dever de preservar o meio ambiente.

5.1.8 Da atuação dos entes federativos em face da legislação existente

Assunto que não poderíamos deixar de tratar é o âmbito de abrangência dos entes federativos no exercício da *competência administrativa comum*. Optamos por colocá-lo nesse tópico em que tratamos da legislação existente devido à ligação entre os assuntos.

A questão que se coloca é: cada ente da federação só pode agir em relação ao meio ambiente quando existir norma produzida pelo legislativo correspondente?

¹³¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/114375.htm>>.

Ou seja, o Município só poderá embargar uma obra em área de proteção ambiental de houver lei municipal que assim determine?

Paulo de Bessa Antunes posiciona-se positivamente em relação aos questionamentos acima. Vejamos:

“A competência comum, portanto, é uma imposição constitucional para que os diversos integrantes da Federação atuem em cooperação administrativa recíproca, visando a resguardar os bens ambientais. Observe-se, entretanto, que cada ente federativo deverá aplicar suas próprias normas, não podendo simplesmente aplicar normas de outros entes federativos”.¹³²

Indiscutível na esfera administrativa a importância do princípio da legalidade. As administrações públicas, em seus repetíveis níveis federativos, só podem agir se houver lei que lhe autoriza. Não negamos essa máxima. Pelo contrário, afirmamos que já existe lei geral que permite a atuação em todos os casos em que se fizer necessária a proteção do meio ambiente. No que pese, essa lei é a mais importante de todas, nada menos que nossa Magna Carta.

Como já foi dito, o meio ambiente é direito fundamental. O art. 225 da CF determina que é dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo. Sua importância ultrapassa as divisas dos Municípios, Estados, União. É um direito universal, essencial para todos. Foi essa a concepção dada pelo legislador constituinte a matéria. Não há necessidade de cada ente federativo criar uma norma pormenorizada determinando a proteção ambiental. A Constituição já o fez no seu art. 225 e direcionou a competência/dever a todos os entes através do art. 23, VI e VII.

Na iminência ou havendo dano ambiental qualquer que seja, o ente federativo poderá dispor do seu *poder de polícia* e atuar na proteção ambiental. O que se protege é o meio ambiente como um todo. Não podemos restringir a atuação dos entes federativos determinada na Constituição à exigência de legislar. O meio ambiente não pode esperar por isso. A atuação imediata é necessária e acontece

¹³² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 62.

com base nas normas gerais, entre elas a Lei n. 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente, e outras mais que possuam um caráter geral.

É evidente que se houvesse a legislação, melhor e mais fundamentada seria a atuação. No entanto, a ordem geral já existe, e é a seguinte: proteção do meio ambiente pelo Poder Público.

6

DAS POSSIBILIDADES APONTADAS PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Diante da dificuldade encontrada na interpretação normativa, a doutrina e a jurisprudência apontam algumas formas de solucionar o problema. Essas possibilidades aparecem para o operador do Direito como alternativas diante do conflito e, por isso, podem ser muito úteis.

Todas as soluções a seguir apontadas são utilizadas pelo Poder Público, algumas com mais frequência outras com menos, de acordo com a postura do ente da Administração Pública responsável pela emissão da licença. Os argumentos são os mais variados e podem em alguns casos ser considerados inaceitáveis. O importante é que se tenha uma visão geral em relação a todas as técnicas hermenêuticas apontadas para eliminar a questão-foco dessa dissertação.

Denominações serão utilizadas para facilitar a identificação de cada hipótese, sem que isso tenha qualquer correlação com o a terminologia adotada nas doutrinas pesquisadas, até porque não foi encontrado nada nesse sentido. O resultado é o que se segue com a apresentação da primeira possibilidade que é o licenciamento único de caráter exclusivo abaixo identificado.

6.1 LICENCIAMENTO MÚLTIPLO – BASEADO TÃO-SOMENTE NA ALEGAÇÃO DE INTERESSE

Essa hipótese surge da interpretação literal do texto constitucional, mais especificamente do art. 23 da CF, onde está prevista a atuação comum de todos os entes em matéria ambiental e, por conseguinte, no licenciamento.

Nesse entendimento, cabe à União, Estados, Distrito Federal e Municípios providenciar o licenciamento ambiental quando acharem conveniente e atuando

cada qual por sua conta. Portanto, haveria inúmeras licenças para o mesmo empreendimento. Notem que aqui não é adotado o princípio da predominância do interesse, mas o entendimento de que basta ter o interesse para que o ente federativo seja competente para licenciar.

O doutrinador Paulo Afonso Leme Machado, em concordância parcial com o entendimento acima, dispõe:

“A lei federal ordinária não pode retirar dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderes que constitucionalmente lhes são atribuídos. Assim, é de se entender que o art. 10 da lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do IBAMA, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo (art. 23, parágrafo único, da CF); nem a resolução CONAMA-237/1997 poderia estabelecer um licenciamento único. Enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para a cooperação entre essas pessoas jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo, têm competências, pois caso contrário, a cooperação entre os órgãos federados acabaria esfacelada, prevalecendo o mais forte ou o mais estruturado politicamente”.¹³³

Em primeiro lugar, a competência em matéria ambiental é um dever do Poder Público, e não uma mera faculdade. É o voto da sra. ministra Carmem Lúcia, em decisão recente do Supremo Tribunal Federal a respeito da competência administrativa comum: “ênfatizando que, como dizia Caio Tácito, não tem competência quem quer, mas quem pode, nos termos que a Constituição estabelece. Competência/dever é irrenunciável”.¹³⁴

Essa hipótese é a que mais ocorre na prática. Entende-se nesse caso que o ente federativo que se sentir na competência de licenciar assim o fará se for acionado pelo interessado. Toda a problemática que apontamos anteriormente é fruto dessa situação. Se todos podem agir ao mesmo tempo e da forma administrativa que melhor convir a cada ente, os conflitos surgem em maior número. Há por isso desordem, seguida de insegurança jurídica.

¹³³ O doutrinador entende que todos possuem competência. No entanto, é contrário à sua faculdade. Configura-se dever, acima de tudo. E por isso nossa observação de que seu entendimento é parcial (MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 13. ed., p. 268).

¹³⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.544-9 Rio Grande do Sul decidida no Supremo Tribunal Federal em 28/06/2006.

O que não há de se admitir é a inércia em relação à situação existente refletida pela hipótese em questão. A inexistência da lei complementar leva à doutrina, e a jurisprudência, a propor as soluções a seguir. Umas mais eficientes do que as outras, mas todas fruto de estudos e críticas que apresentaremos. Fica apenas como referência a hipótese em tela que não sugerimos adotar.

6.2 LICENCIAMENTO EXCLUSIVO PELOS MUNICÍPIOS

O licenciamento exclusivo por um determinado Município exclui toda e qualquer possibilidade de licenciamento por outro ente. Representa a exclusão dos demais entes federativos no exercício da *competência administrativa comum*. Os fundamentos dessa posição têm como base a dominialidade e o interesse local.

A dominialidade é sustentada pelo fato de os empreendimentos necessariamente serem sediados em um determinado Município. Por estar sediado neste ou naquele Município, independentemente do alcance que o dano ambiental possa causar aos Municípios vizinhos e até a outros Estados, o licenciamento será exclusivo do Município.

O parecer n. 1.853 da Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, datado de 1998, já tratava da questão da seguinte forma: “Portanto, o instituto do licenciamento vincula-se ao interesse público e não à titularidade do bem. Até mesmo porque, segundo opinião unânime dos mais significativos administrativistas, para fazer valer sua condição de proprietário, é necessário que o ente desafete o bem da finalidade pública”.¹³⁵

Trata-se o meio ambiente de interesses difusos. Configura-se como bem incorpóreo de interesse coletivo, e não pertencentes a qualquer ente federativo que seja. Nesse sentido, Humberto Quiroga Lavié dispõe que:

¹³⁵ Parecer 312/CONJUR/MMA/2004, 04/09/2004 pág. 14, 17 e 18 autor Dr. Gustavo Trindade.

"El ambiente público o dominio público ambiental no es um derecho real de dominio, como uns potestad uti singuli em favor de nadie: ni de los particulares ni del Estado. Más que domino es dominio del orden natural que requiere protección social: el uso social o individual del dominio público ambiente es um reflejo condicionado a los mandatos del orden natural. La sociedad, em el ejerrcicio de sus derechos públicos subjetivos, mas que disponer, debe impedir, proteger, controlar".¹³⁶

Na feição dada ao meio ambiente, não há que se falar em domínio do meio ambiente por um ente federativo. Segundo Álvaro Mirra,

"(...) o dano ambiental significa a lesão ao meio ambiente, como bem incorpóreo, qualificado juridicamente como bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF), e aos elementos corpóreos e incorpóreos que o integram – os denominados bens ambientais –, os quais receberam tratamento legal específico, devido a sua função ecológica e ambiental, como recursos ambientais (art. 3, V, da Lei n. 6.938/81), sendo que quaisquer dos casos, na sua dimensão coletiva, como interesses difusos, bens pertencentes à coletividade, independentemente da titularidade do domínio reconhecida sobre o elemento material específico atingido".¹³⁷

Logo, o que existe, e quando muito tendo em vista que o meio ambiente antecede e impõe-se ao homem, é que o meio ambiente configura-se bem de uso comum do povo. Como assevera Vladimir Passos, "(...) em face da competência comum, pouco importa quem seja o detentor do domínio do bem".¹³⁸

Édis Millaré, ao cuidar da matéria, expõe que o "critério da titularidade (dominialidade) do bem para aferição do membro do Sisnama competente para realizar o licenciamento ambiental, além de contrariar frontalmente o disposto na lei 6.938/81, traria, per si, inúmeros conflitos entre os entes federados".¹³⁹

Essa solução apresentada, entretanto, fundamenta-se também no interesse local. O interesse local em conjunto com a dominialidade fortalece a solução apontada e deve ser analisado. Acertadamente, considera-se que o interesse local em relação ao licenciamento ambiental sempre irá existir. O dano que atinge uma

¹³⁶ LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, apud DELREY, Barreto; SILVA FILHO. A processualidade das licenças ambientais como garantia dos administrados. *Revista de Direito Ambiental Brasileiro*, v. 5, [19?], p. 84.

¹³⁷ MIRRA, Álvaro. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 56.

¹³⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas constitucionais. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 77.

¹³⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, p. 545.

grande área, alcança primeiramente uma pequena área de onde surgem as causas dos seus efeitos. Nesse sentido, o Município seria o ente federativo que indiscutivelmente mais sofreria no caso de um dano ambiental de proporções nacionais. É obvio que assim seja, pois é nele que o empreendimento está localizado. Nessa linha de raciocínio, concluímos que o Município, em todas as hipóteses, deve participar do processo de qualquer licenciamento ambiental.

Paulo Afonso Leme Machado, fazendo referência a Paulo José Leite Faria, expõe: “Quem deve resolver o problema inicial é quem está perto dele. No quadro das pessoas de direito público, é o Município que deve ter competência administrativa prioritária para controlar e fiscalizar as questões ambientais”.

Não obstante a lógica proposta pela doutrina citada acima surgem algumas questões de indispensável análise: o Município licenciará todos os empreendimentos exclusivamente? E os Estados? E a União? A competência administrativa comum não está prevista na Constituição?¹⁴⁰

Nesses questionamentos é que residem os problemas desta hipótese. A Constituição Federal, como descrito anteriormente, determinou que cabe à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a competência comum na proteção ambiental. A exclusividade dos Municípios limita a competência dos demais entes. Em relação à exclusividade, nos ensina Hely Lopes Meirelles:

“*Interesse local* não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição, mesmo porque não há interesse municipal que não seja, reflexamente, da União ou do Estado-membro, como, também, não há interesse nacional ou regional que não ressoe nos Municípios como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o ‘interesse local’, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União”.¹⁴¹

O autor sabiamente afirma que “não há interesse municipal que não seja, reflexamente, da União ou do Estado-membro” e conclui que o *interesse local* tem por fundamento o Princípio da Predominância do Interesse, ao afirmar que o que

¹⁴⁰ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 87.

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 104.

caracteriza o interesse local “(...) é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União”.

Ocorre que predominância do interesse não pode ser vista como exclusividade no licenciamento. O interesse local pode até ser maior, mas não veta a possibilidade de atuação dos demais entes. Não foi essa a configuração pretendida pela Constituição, mas a atuação comum, paralela e cooperada entre os entes federativos, em matéria ambiental.

Não é demais repetir que a competência na preservação ambiental é dever de todos os entes federativos. Corrobora o nosso pensamento, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, ao tratar da competência administrativa, chamada por ele de competência material, quando expõe: “A proteção do meio ambiente está adaptada à competência material comum, ou seja, proteção ambiental adstrita a normas que conferem deveres aos entes da Federação e não simplesmente faculdades”.¹⁴² Com isso, os entes federativos não podem dispor como bem entenderem dessa competência que, na realidade, acaba sendo um dever. Têm de ser observados os preceitos constitucionais de ordem federativa adotados pelo nosso ordenamento jurídico.

Prática que tem ocorrido, visando solucionar a questão da competência comum disposta no art. 23 da CF, é a delegação de competência dos Estados aos Municípios para elaboração do licenciamento, por meio de leis estaduais que autorizam a delegação de competência.

O Estado da Bahia, por exemplo, com base na Lei Estadual n. 10.431/06¹⁴³, que dispõe sobre a Política de Meio Ambiente e de Proteção à Biodiversidade, pode delegar a competência para licenciar aos órgãos municipais responsáveis..

¹⁴² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 59.

¹⁴³ Lei n. 10.431 de 20 de dezembro de 2006: Dispõe sobre a Política de Meio Ambiente e de Proteção à Biodiversidade do Estado da Bahia e dá outras providências. Art. 159. Compete aos órgãos locais a execução dos procedimentos de licenciamento ambiental e fiscalização dos empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente degradadoras do meio ambiente que sejam de sua competência originária, conforme disposições legais e constitucionais, bem como das atividades delegadas pelo Estado.

Segundo referida lei, a União, através do Ibama, funciona de forma suplementar, ou seja, sempre que achar necessário, e mesmo com a atuação do Município poderá proceder da forma que lhe convenha visando ampliar a fiscalização ambiental ou mesmo complementá-la.

A delegação de competência parece uma maneira interessante de resolver o problema. Contudo, resta a questão: *o Estado ou qualquer outro ente poderia dispor da sua competência, determinada pelo art. 23 da CF, para licenciar?*

O constituinte entendeu que a atuação conjunta de forma cooperada de todos os entes é necessária para manter sua preservação. Dessa maneira, falhas ou omissão de um dos entes federativos, no ato de proteção ambiental, poderão ser supridas pelos demais. O importante é que toda a estrutura federativa composta pelos seus entes e órgãos atue na proteção ambiental. Isso amplia a fiscalização. A Magna Carta foi ainda mais longe ao determinar que, além de caber ao Poder Público, *a defesa do meio ambiente é dever também da coletividade*¹⁴⁴.

Reafirmamos: a competência ambiental é *dever* que não pode ser negado e simplesmente delegado. Trata-se de postura cômoda e inconstitucional a delegação, pelos Estados-membros aos Municípios, da competência ambiental. Os riscos e as limitações são enormes. A exclusividade na atuação pode gerar danos irreparáveis na medida em que exclua a possibilidade dos Estados e da União participarem desse procedimento.

Temos que atentar para o fato de que os Municípios já possuem competência para licenciar, fruto da *competência administrativa comum* prevista na Constituição Federal. E nesse sentido, não há que se falar em delegação. A delegação ocorre quando o outro ente não possui a competência que se pretende delegar. O que o Estado da Bahia chama de delegação, *na realidade é a inconstitucional renúncia de um dever, qual seja: proteger o meio ambiente.*

¹⁴⁴ Constituição Federal, art. 225.

Vladimir Passos de Freitas, em estudo acerca da possibilidade de delegação de *competência administrativa comum* em matéria ambiental, conclui que a ordem constitucional atual, em contraposição à anterior (art. 13, § 3º), é omissa em relação à possibilidade de delegação. Essa omissão representa a vontade do constituinte de não permitir a delegação. Conclui o autor que: “No caso dos convênios, houve verdadeira substituição da ordem constitucional, como diz Jorge Miranda, revelando o constituinte a sua opção de substituir os convênios por um sistema de cooperação”.¹⁴⁵

Por outro lado, ainda há a dificuldade de se alcançar a eficiência desta hipótese na prática. Como exemplo, tomemos a delegação da União e do Estado-membro a um Município onde será construída uma indústria petroquímica. O impacto ambiental inegavelmente é de grandes proporções. O Município, nessa situação hipotética, teria condições estruturais e técnicas para promover exclusivamente o licenciamento? Será que uma atuação conjunta de todos os entes não seria mais confiável em relação aos propósitos da proteção ambiental?

O doutrinador Paulo Afonso Leme Machado, citado anteriormente, posiciona-se inicialmente a favor da solução em tela, mas posteriormente conclui de forma contrária: “Contudo, sem embargo de meu entusiasmo pela atuação dos municípios nesse campo, assinalo que não é matéria fácil essa municipalização do licenciamento ambiental (...)”. Seus motivos para tanto estão calcados na questão operacional, tendo em vista que “(...) muitos deles não têm recursos financeiros, e alguns deles usarão de forma ineficiente o controle ambiental, querendo aumentar a receita ou o emprego, com sacrifício da sanidade do ambiente”.¹⁴⁶

No geral, o *domínio* e a *primazia do interesse local* não representam a maneira ideal de definir a competência no licenciamento ambiental. Isso limitaria a fiscalização conjunta dos entes federativos das atividades que, salvo melhor juízo, parece ser o determinado pela Constituição.

¹⁴⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas constitucionais*, p. 83.

¹⁴⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 9. ed., p. 87.

6.3 LICENCIAMENTO EXCLUSIVO COM BASE NA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE

O licenciamento exclusivo com base na predominância do interesse dar-se-á pela atuação exclusiva de um dos entes da Administração Pública, ou seus responsáveis diretos, no licenciamento ambiental. A exclusividade nessa atuação será definida com base no Princípio da Predominância do interesse.

Referida solução encontra amparo na Resolução Conama n. 237/97, estudada anteriormente e de conteúdo claramente inconstitucional. No seu art. 7º, há a determinação de que “os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência”.¹⁴⁷

Caberá ao empreendedor, *a priori*, apontar qual será o ente federativo competente para proceder ao licenciamento. Existe, portanto, subjetividade. Ele deverá verificar se o impacto ambiental da atividade será apenas local, regional ou nacional. Ou seja, terá que observar o *Princípio da Predominância do Interesse*.

Alexandre de Moraes assim dispõe sobre a predominância do interesse:

“O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é a predominância do interesse. Assim, pelo princípio da *predominância do interesse*, à União caberá as matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local”.¹⁴⁸

Posicionando-se a favor dessa solução, em se tratando da distribuição de competência ambiental, e aí incluído o licenciamento, temos a ilustre doutrinadora Lúcia Valle Figueiredo, que assim dispõe:

“Temos, pois, a União, o Distrito Federal, os Estados federados e os Municípios outorgando licenças ambientais, dependendo do campo de abrangência. Todavia, entendemos que a licença não será outorgada por mais de um dos entes. Apenas, o campo de abrangência ou competência

¹⁴⁷ Resolução 237/97, art. 7º.

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 659.

será diferenciado quando se tratar de âmbito nacional (União), regional (Estados), quando ultrapassarem os limites do Município ou em outras circunstâncias apontadas nos artigos 4º e 5º da Resolução, e, finalmente, ao Município nas hipóteses de possibilidade de impacto apenas local”.¹⁴⁹

Segundo a solução apontada, se for construída uma fábrica em um determinado Município e se houver a possibilidade de os danos ambientais inerentes à sua atividade alcançarem outros Municípios daquele Estado, a competência para licenciar será do Estado. Isso ocorre, pois, segundo o princípio da Predominância do Interesse, parte do território do Estado ou todo ele pode ser atingido pelos danos ambientais, o que aponta para o seu interesse predominante em detrimento dos Municípios.

Usando a mesma técnica, diferente seria se fossem represar um rio que passasse por mais de um Estado da federação, com fins à produção energética. Nesse tipo de empreendimento, há possibilidade de danos não só no Município em que ocorre, nem só no Estado em que se localiza esse Município, mas também em outros Estados e Municípios do país. O dano ambiental alcança proporções de nível nacional. Por esse motivo, o interesse predominante para licenciar seria da União.

Contudo, percebam que, em ambas as situações acima expostas, no primeiro exemplo, o interesse predominante do Estado, e no segundo, da União, não se exclui o interesse dos Municípios e Estados em que o dano ambiental possa acontecer. Segundo a solução apontada, porém, apenas seria responsável para licenciar o ente que estiver imbuído da predominância do interesse.

Uma das soluções apresentadas pelo doutrinador Édis Milaré coincide com a que ora analisamos. Contudo, em vez de utilizar a denominação do critério como sendo *predominância do interesse*, define nova terminologia. Afirma que “O critério para identificação do órgão preponderantemente habilitado para o licenciamento é determinado pela área de *influência direta* do impacto ambiental. Sim, apenas os *impactos diretos*, pois os indiretos podem alcançar proporções inimagináveis, de modo a despertar o interesse da própria aldeia global”.¹⁵⁰ Na realidade, o que muda

¹⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. 2º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. Conferência de abertura, tópico 16, data 5 maio 2004.

¹⁵⁰ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, p. 544.

é apenas a terminologia adotada, pois a predominância do interesse confunde-se com a feição que o autor conferiu aos *impactos diretos*, sobre a qual, conclui, citando Hamilton Alonso Jr., “o raio de influência ambiental é que indicará o interesse gerador da fixação da atribuição, traçando-se uma identificação da competência licenciadora com a competência jurisdicional”.¹⁵¹

6.3.1 Do não cabimento do princípio da predominância do interesse para a determinação da competência administrativa comum em matéria ambiental

Importante analisarmos o princípio da predominância do interesse para que possamos entender os equívocos que a doutrina comete ao utilizá-lo.

Indiscutível que o *critério geral, mas não exclusivo*, para distribuição de competências no nosso Estado Federal é a *predominância do interesse*, utilizada principalmente no que tange à competência legislativa. Ensina-nos Celso Antônio Pacheco Fiorillo, em relação à *repartição de competências legislativas*, que é adotado o “(...) princípio da predominância dos interesses, de modo que à União caberão as matérias de interesse nacional, aos Estados, as de interesse regional, enquanto aos municípios tocarão as competências legislativas de interesse local”.¹⁵²

O *princípio da predominância do interesse* foi também referência teórica para o legislador constituinte em outras hipóteses de distribuição de competência, como a exclusiva (art. 21) e a privativa da União (art. 22), e dispõe basicamente que à União cabem aquelas matérias e questões de interesse geral, aos Estados, as matérias de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local.

No entanto, não ocorreu o mesmo em relação à atividade executiva de proteção do meio ambiente, que aqui chamamos de *competência administrativa comum* em matéria ambiental. No que tange à atuação administrativa dos entes

¹⁵¹ ALONSO JR., Hamilton *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 41. Apud MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, p. 544,

¹⁵² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, 2. ed., p. 57.

federativos em uma série de matérias, o critério adotado foi o da *atuação comum e cooperada*, que originou a *competência administrativa comum* (art. 23, parágrafo único). Todos os entes federativos terão que atuar na proteção ambiental. Como já explicamos, esse critério tem por finalidade ampliar a fiscalização para preservarmos o meio ambiente. Portanto, a atuação conjunta foi o critério escolhido.

Ocorre em matéria ambiental grande confusão com a utilização desse princípio. Como em matéria de *competência administrativa comum* ainda estamos reféns da não existência de uma legislação complementar que regule a situação, da existência de uma jurisprudência vacilante a respeito, e, ainda, de uma doutrina que sustenta inúmeras posições, critérios para solucionar o conflito têm sido utilizados de forma equivocada, sendo que o da *predominância do interesse* infelizmente é um deles.

A predominância do interesse não foi o fundamento adotado na distribuição de competência em matéria executiva no que tange ao meio ambiente (art. 23 da CF). Não é constitucional, e nem lógico, que posteriormente à criação da Magna Carta, que não utilizou tal critério, venha o operador do Direito utilizá-lo. Essa posição é equivocada. Contraria toda a perspectiva da *competência administrativa comum*.

Conforme salienta Fernando Reverendo Vidal Akaoui, “(...) ao prever tantas atribuições materiais aos entes federados, o constituinte permitiu uma ampla rede de fiscalização das questões ambientais, afetas a todos eles, de forma não excludente, ou seja, é permitido que cada um deles atue de forma concorrente”.¹⁵³ Ao utilizar o princípio da *predominância do interesse* equivocadamente, estaríamos limitando a competência prevista na Constituição Federal.

Discordamos do posicionamento do professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo, ao afirmar que dois critérios devem ser utilizados para resolver os conflitos de competência. Segundo ele, são: “a) o critério da predominância do interesse; e b) o critério da colaboração (cooperação) entre os entes da federação, conforme

¹⁵³ VIDAL AKAOUI, Fernando Reverendo. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: RT, 2004. p. 37-38.

determina o já transcrito parágrafo único do art. 23".¹⁵⁴ Ora, não há como compatibilizar os dois critérios. O primeiro prevê a competência de apenas um ente em detrimento dos demais. O segundo critério, contrariamente, prevê a participação conjunta e cooperada de todos os entes. Um representa a exclusão do outro. E, como já nos posicionamos, o critério correto é o segundo, que prevê a atuação comum e cooperada de todos os entes, sobre o qual discorreremos na hipótese seguinte.

Por um lado, a *predominância do interesse* aponta uma saída para o problema, uma vez que o licenciamento será único e com base em uma dedução lógica, o que evita o conflito. Também, devemos levar em consideração que a unicidade no licenciamento simplifica a atuação do Poder Público em relação à operacionalidade.

Contudo, como apontado, o problema reside no fato de haver exclusividade de um único ente. *Deve-se observar que a predominância do interesse não exclui a possibilidade de que outros tenham também interesse, mesmo que menor.*

Importante salientar que não é só o interesse em estar licenciando que condiciona a atividade administrativa. A questão ambiental é de ordem pública, e por isso representa dever do Poder Público. Não é optativo, como alguns querem, mas funcional, ou seja, de exercício obrigatório sob pena do ente que negar sua competência ser responsabilizado por omissão.

Assim sendo, apesar dessa hipótese apresentar uma solução bem atraente devido à lógica em que se baseia, ela contraria a ordem constitucional, uma vez que apenas um ente irá licenciar. O critério da cooperação foi o escolhido para o exercício de proteção ambiental pelo Poder Público, configurando-se impossível a utilização do princípio da predominância do interesse nessa matéria. Ressalvados os entendimentos contrários, entendemos ser inconstitucional a sua adoção.

¹⁵⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, 2. ed., p. 60.

6.4 LICENCIAMENTO ÚNICO DE CARÁTER COMPLEXO

Paulo de Bessa Antunes diz que “A competência comum, portanto, é imposição constitucional para que os diversos integrantes da Federação atuem em cooperação administrativa recíproca, visando a resguardar os bens ambientais. Observe-se, entretanto, que cada ente federativo deverá aplicar suas próprias normas, não podendo simplesmente aplicar normas de outros entes federativos”.¹⁵⁵

Relembrando o que já foi visto quando do estudo do federalismo, nos arts. 1º e 18 da CF de 1988, definiu-se que União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios formam a República Federativa do Brasil. Referidos artigos tinham por objetivo a partilha de responsabilidades, levando-se em conta a dificuldade de se gerir um país com as dimensões e a diversidade do Brasil.

Édis Milaré, posicionando-se em relação ao sistema federativo em face do licenciamento, afirma que a Constituição “deixou claro que os diversos entes da federação devem partilhar responsabilidades sobre a condução das questões ambientais, tanto no que tange à competência legislativa, quanto no que diz respeito à competência dita implementadora ou de execução”.¹⁵⁶

O art. 225 da CF impõe ao *Poder Público* e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Quando faz menção ao Poder Público, a Constituição está se referindo a todos os entes necessariamente formadores da federação. Analisado concomitante ao disposto no mesmo diploma, no art. 23 (competência concorrente), percebe-se que a intenção era criar um sistema de fiscalização e responsabilidades mútuas, em se tratando do meio ambiente.

6.4.1 Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama

A Lei n. 6.938/81, recepcionada e fundamentada nos incisos VI e VII do art. 23 c/c art. 225 da CF de 1988, criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente –

¹⁵⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*, p. 62.

¹⁵⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, p. 541.

Sisnama. O Sisnama é formado pela União, Estados, Distrito Federal e municípios, representados direta ou indiretamente por seus órgãos e fundações destinadas à proteção ambiental, e tem por finalidade promover a proteção e melhoria da qualidade ambiental. Paulo Afonso Leme Machado, a respeito, escreve: “O trabalho no meio ambiente já vem sendo feito conjuntamente pelos órgãos federais e estaduais, com a formulação do Sisnama – Sistema Nacional do Meio Ambiente, concebido pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (...)”.¹⁵⁷

Como bem sabemos, o licenciamento ambiental é instrumento da política de implementação ambiental. É, portanto, *competência administrativa comum* e integra o rol de atividades que competem ao Poder Público executar, conforme determina o art. 23 da Magna Carta. E nesse sentido deve ser observado por todos os integrantes do Sisnama. Édis Milaré acertadamente afirma que: “Nada impede, bem de ver, por conta mesmo da estrutura federativa do estado brasileiro, venha o licenciamento a ser disciplinado pelos três níveis de governo (...)”.¹⁵⁸

A forma de atuação proposta para o Sisnama coincide perfeitamente com o federalismo adotado pela Constituição. O objetivo do legislador constituinte era justamente o de propor um sistema de atuação comum. A preocupação do legislador constituinte, ao definir a forma federativa, residia na infeliz possibilidade da exclusividade de atuação da União. O meio ambiente, bem como outras questões importantes e de difícil fiscalização, não poderia ficar a cargo de apenas um ente federativo.

Por outro lado, havia a preocupação de como organizar a atuação de todos os entes ao mesmo tempo. O Sisnama propõe-se justamente a organizar a cooperação entre os entes. Verdade, porém, que sem o sucesso desejável em virtude de um ordenamento lacunoso e devido à sua competência que não está bem disposta. Não podemos negar, todavia, que sua concepção é propor a integração na atuação comum de todos os entes mediante a cooperação mútua.

¹⁵⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 9. ed., p. 88.

¹⁵⁸ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, p. 319.

A cooperação, aduz Paulo Afonso Leme Machado, possui duas finalidades: “o equilíbrio do desenvolvimento e o equilíbrio do bem-estar em âmbito nacional”.¹⁵⁹ Acreditamos que, em síntese, essas finalidades resumem-se a proteção ambiental, que é a fonte do desenvolvimento igualitário entre as regiões e o bem-estar nacional.

Silvia Cappelli, ao tratar da cooperação entre os entes federativos, nos ensina que:

“é necessária uma complementaridade de atribuições e compartilhamento de responsabilidades. Para isso, foi instituído o Sistema Nacional de Meio Ambiente. Além disso, devem ser fortalecidos os mecanismos institucionais de articulação que permitam aos governos em conjunto, independentemente de divergências políticas, responderem com melhor efetividade aos desafios afim de garantir que o desenvolvimento do país preserve nosso maior patrimônio. A participação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nesse cenário, permite não só um controle maior, como também uma melhor qualidade na prestação de serviços à coletividade”.¹⁶⁰

Infelizmente, falta-nos a lei complementar para definir claramente a atuação do Sisnama na atividade de proporcionar a cooperação entre os entes federativos. A jurisprudência tem apontado para algumas possibilidades, e entre todas analisadas, acreditamos que a que deu origem à solução em tela, que descrevemos a seguir, é que melhor se encaixa na concepção constitucional.

6.4.2 Da atuação conjunta e cooperada de todos os entes federativos

O sistema de responsabilidades mútuas tem que ser muito bem definido, sob pena de esbarrar em problemas de cunho operacional, o que colocará em prova toda a sua eficiência. De nada adianta a formação de um sistema através da atividade legislativa, se sua estrutura operacional não for eficaz. A diferença socioeconômica entre União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, bem como a escassez de tecnologia e de padrão na atuação conjunta, são fatores que interferem na formação de um *sistema de licenciamento único, de caráter complexo*, já adotado pela jurisprudência e abaixo exposto.

¹⁵⁹ LEME, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 9. ed., p. 88.

¹⁶⁰ Gestão compartilhada da atividade de licenciamento ambiental. Disponível em: <<<http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/municípios>>>. Acesso em: 2 fev. 2004.

Não obstante tais problemas sustenta-se que as dificuldades que podem surgir em relação à operacionalidade da solução apontada não pode significar óbice à adoção de um sistema eficiente e que principalmente observe as normas constitucionais. Propõe-se, então, com base na Constituição e na Lei n. 6.938/81, o licenciamento único, do qual participem de forma conjunta todos os entes federativos, e ao qual denominamos *Licenciamento Único de Caráter Complexo*.

Portanto, o Licenciamento Único de Caráter Complexo compreende a participação conjunta de todos os interessados que representam o Poder Público, resultando na emissão de uma única licença ambiental com o aval de todos os entes que participaram do processo de licenciamento.

Nesse sentido temos o voto do relator senhor ministro Sepúlveda Pertence em julgamento da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.544-9 em relação a Lei n. 11.380/99 do Estado do Rio Grande do Sul que limitava a competência comum no que tange a guarda de sítios arqueológicos:

“É curial que, em linha de princípio, a outorga sem ressalva de competência a um órgão ou uma entidade estatal implique a exclusão, quanto ao seu objeto, da interferência dos demais.”

E nesse lastro continua: “Ora, a Constituição – dando espaço ao federalismo cooperativo – inclui no rol das competências comuns às três esferas da Federação a ‘proteção’ do patrimônio cultural do país”. Do meio ambiente também: art. 23, VI e VII.

E conclui pela impossibilidade de renúncia por qualquer ente em relação a competência comum:

“Cuida-se de competências que substantivam incumbência e responsabilidade, assim, de natureza qualificadamente irrenunciável.

Certo, a inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreenda no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas. (...) De qualquer modo, regular

a cooperação não abrange o poder de determinarem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção (...).¹⁶¹

Essa solução já foi apontada judicialmente em voto elaborado pela desembargadora federal e doutrinadora Consuelo Yoshida, no caso do Rodoanel Mário Covas, anteriormente citado, em que União e Estado de São Paulo discutiam a competência para licenciar.

“Trata-se de pioneira e histórica experiência de licenciamento ambiental que, embora processado num único e mesmo nível, sintetizará a participação efetiva e integrada das esferas federal, estadual e também municipal, no que couber, resultando, como dito, em licenças ambientais como atos complexos de natureza jurídica constitucional, lastreadas no art. 225 c.c o art. 23, VI, VII e parágrafo único da Constituição Federal. Essa norma de licenciamento ambiental complexo alcança resultado prático equivalente ao do duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, com vantagens de menor dispêndio de tempo e menores custos”.¹⁶²

Reforçando essa hipótese, temos Édís Milaré, o qual afirma que “a superação dessas dificuldades só será possível com a adoção de um licenciamento único, de caráter complexo, do qual participem, de forma integrada, os órgãos das diferentes esferas federativas interessadas”.¹⁶³

A integração apontada pelos doutrinadores deve ocorrer de forma clara e bem delimitada, contendo todas as atividades que cada ente deverá exercer. O sincronismo é fundamental, e ele só ocorrerá mediante a especificação do processo de licenciamento. Há, portanto, necessidade de legislação específica, no caso, a lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23.

A partir do momento em que não há sincronismo, problemas podem surgir. Imagine-se que num licenciamento único de caráter complexo a União discorde do Estado e do Município em relação à possibilidade de implantação de certo empreendimento. O licenciamento ocorrerá no caso de discordância de um dos entes? Como fica o impasse?

¹⁶¹ www.stf.gov.br – julgamento da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.544-9, Relator Ministro Sepúlveda Pertence data: 28/06/2006 voto do relator pág. 8,9,10

¹⁶² AC 990253, TRF – 3ª Região, 6ª Turma.

¹⁶³ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, cit.

Na Austrália, que é um Estado Federal como o Brasil, já existe uma atuação cooperada entre os entes federativos que funciona com bons resultados. Gerry Bates nos ensina a respeito do que ocorre nesse país:

“A legislação estadual dá às autoridades de planejamento, manejo ambiental e alocação de recursos o poder para tomar decisões dentro da área geral de sua competência. Tal tomada de decisão freqüentemente envolverá a análise de permitir ou não um determinado desenvolvimento ou atividade, e em quais condições. Qualquer proposta pode, entretanto, requerer um certo número de concordâncias e envolver autoridades com interesses diferentes. No caso de um conflito de posições entre estas várias autoridades governamentais, deve haver algum mecanismo para determinar a prioridade entre elas. Se não chegarem a um acordo, a legislação sob a qual os poderes são garantidos deve ser votada para determinar se foi intenção do Parlamento favorecer a determinação de uma autoridade sobre a outra. Às vezes, a legislação é bem explícita de que haverá prioridade; mas freqüentemente, não é. Se a questão vai a análise judicial, então, na ausência de indicações claras, os tribunais terão mais possibilidades de favorecer uma interpretação que, primeiramente, protege interesses privados legítimos já criados e, em segundo lugar, trata cada aspecto da legislação com um peso igual, efetivamente determinando que uma recusa por qualquer autoridade competente para tomar decisão pode definir o destino de uma atividade proposta, mesmo que tenha sido dada a permissão por todas as outras autoridades”.¹⁶⁴

Na Austrália já existe uma legislação que prevê a cooperação disposta acima. E ainda havendo conflito entre os entes no ato de licenciar um empreendimento conjuntamente, há um colegiado que analisará a questão à luz do ordenamento jurídico e definirá através de votação qual das posições, se da União ou do Estado-membro, deve ser adotada. É bem possível, nessa atuação comum, acontecer de um dos entes federativos conceder a licença e de outro negar. E a solução apontada mostra-se eficiente, uma vez que existe um mecanismo para solucionar o problema.

Essa é a solução que apontamos para o licenciamento no Brasil. É evidente que estamos tratando em tese da questão, pois essa solução até o momento só pode ser disposta mediante decisão judicial como a que analisamos acima. Contudo, é desejável a atuação do Congresso Nacional nesse sentido, criando uma lei complementar que proporcione mecanismos que resolvam os conflitos na atuação cooperada entre os entes da federação.

¹⁶⁴ BATES, Gerry M. *Environmental law in Austrália*. Adelaide: Butterworths, 1995. p. 105.

Como sugestão, a criação de um conselho consultivo formado por todos os entes da administração pública que participem do Sisnama, e também por representantes da sociedade, seria uma saída para decidir as questões de divergência num caso concreto.

Incluimos nessa sugestão a participação social no conselho consultivo para a decisão das questões divergentes que possam surgir. Importante lembrar que o art. 225 da Magna Carta impõe ao *Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo*¹⁶⁵. É justamente o que prevê o pluralismo político, ou seja, a participação organizada da sociedade nas decisões do Estado. Logo, nada mais democrático que nesse conselho consultivo a sociedade faça-se representar.

Essa solução aparece como a que tem maior amparo constitucional. Não há limitação de participação, logo, não contraria o disposto no art. 23. Adota perfeitamente o disposto nos arts. 1º e 18, ao elaborar um sistema de colaboração. E, ainda, proporciona a participação da sociedade, por meio de representantes nos conselhos, quando houver divergências de posições quanto ao licenciamento de um empreendimento.

¹⁶⁵ Art. 225 da CF, *caput*.

CONCLUSÃO

O homem necessita, inevitavelmente, do meio ambiente para sobreviver e também para desenvolver todas as suas faculdades propostas pela vida em sociedade. Algumas dessas atividades são causadoras de danos ao meio ambiente. Desde que referidos danos sejam mitigados por meio de técnicas e limitações, seus efeitos podem ser controlados em um nível aceitável.

Acontece que o homem, ao lidar com o meio ambiente, tem ultrapassado esses limites. O consumismo marcado pela ganância e também a falta de consciência ambiental são responsáveis pelo alerta mundial em relação aos problemas ambientais, os quais compreendem uma realidade e comprometem o futuro da humanidade.

Necessitamos nessa situação da operacionalização do Direito para regular as atividades e empreendimentos potencialmente causadores de danos ambientais, observando-se a máxima da prevenção e o desenvolvimento sustentável.

Nessa análise, o próprio homem é beneficiário. O meio ambiente sadio e equilibrado é interessante para a sua própria existência. É importante observar que pouco nos interessa, por exemplo, o direito à liberdade, se decorrido algum tempo o homem só possa viver em determinados locais do nosso planeta. Também, não nos interessa apenas os direitos sociais e econômicos se o homem degradar tudo que àquilo possa levar. A existência do homem defendida pelos direitos de terceira geração inclui o meio ambiente equilibrado. E para tanto devemos preservá-lo.

Nessa proatividade da sociedade visando alcançar a prevenção dos danos ambientais, que surgem em decorrência de atividades e empreendimentos degradantes, temos como instrumento importante o licenciamento ambiental previsto na Lei n. 6.938/81. Trata-se de processo administrativo que tem por fim analisar todas as implicações ambientais da atividade pretendida. Equilibrando a

necessidade do homem em utilizar os recursos ambientais e os danos que a atividade pode causar ao meio ambiente, o Poder Público decidirá, administrativamente, pela possibilidade ou não de sua implementação.

A Magna Carta de 1988 determina ao Poder Público e da coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente não só para as gerações presentes, mas também para as futuras.

Em relação à atuação do Poder Público, há a determinação expressa da competência administrativa comum, também chamada pela doutrina de competência material comum, no art. 23, VI e VII, da CF de 1988. Trata-se da atuação conjunta de todos os entes federativos na defesa do meio ambiente, ou seja, em que todos participem ao mesmo tempo e de forma organizada na tutela ambiental.

Em face dessa sistemática de atuação conjunta adotada pela Constituição Federal, surge o problema do conflito de competência. O constituinte visualizando essa situação conflituosa previu, no parágrafo único do art. 23, a criação de lei complementar para determinar a forma pela qual se dará a cooperação entre os entes. Até o momento, o que temos é apenas o projeto de Lei n. 13/2003 em tramitação no Congresso Nacional, que na realidade deverá sofrer uma série de modificações para se adequar ao que se pretende com a atuação cooperada de todos os entes da federação.

Resta assim a interpretação sistemática do Direito, com o uso da jurisprudência e da doutrina, paralelo ao que temos de concreto no ordenamento jurídico, para solucionar os conflitos de competência em relação ao meio ambiente.

Na tarefa de apontar como se dará a atuação em relação ao meio ambiente, primeiro, temos que observar que o Brasil, na CF de 1988, adotou como forma de Estado o sistema federativo de cooperação. Nessa forma de Estado Federal, fruto do seu próprio amadurecimento na história, existem matérias que passam a ser determinadas, mediante a distribuição de competência, como de atuação comum por todos os entes. Geralmente, são assuntos importantes para o desenvolvimento sustentável do Estado e que, por isso, devem ser observadas por todos. A intenção

é justamente promover uma atuação conjunta e cooperada em relação a essas atividades. Essa escolha tem por fim a fiscalização mais eficiente da atividade que se pretende regular, no caso: o meio ambiente.

É fato que esbarramos em dificuldades estruturais. As diferentes condições de trabalho e ainda a incompatibilidade legislativa entre os entes federativos comprometem e dificultam a atuação conjunta e cooperada.

Encontramos, em face de toda a problemática exposta, algumas opções propostas pela doutrina e jurisprudência no que tange a interpretação do art. 23, VI e VII.

Apresentamos, em primeiro lugar, o *licenciamento múltiplo, segundo o qual* basta que o ente federativo alegue interesse para que possa licenciar. Essa opção baseia-se na interpretação literal do que dispõe o art. 23 da CF. Entendemos, porém, que o art. 23 não deixou margem facultativa à atuação dos entes federativos. Constitui função, logo a sua atuação é obrigação. Além disso, essa hipótese não prevê a cooperação, pois cada ente procederá a um licenciamento específico. Essa prática tem nos mostrado uma série de problemas. Os conflitos são permanentes na medida em que um ente pode expedir a licença e outro pode negá-la.

Há o *licenciamento exclusivo pelos Municípios*. Segundo essa linha de raciocínio, que se fundamenta na primazia do interesse local, só aos Municípios caberia licenciar as atividades e o empreendimento, uma vez que o maior interessado na tutela ambiental é a sociedade local, por sofrer mais gravemente os danos ambientais ocorridos. Deve-se verificar que a primazia não se configura exclusividade. O dano ambiental não respeita fronteiras; pode atingir proporções internacionais. Ainda que atingisse apenas a localidade, temos que o meio ambiente é direito e garantia fundamental e sua tutela pertence a todos os entes federativos, conforme dispõe o art. 23.

A doutrina também aponta o *licenciamento exclusivo com base na predominância do interesse*. Segundo essa solução apontada, apenas um ente federativo atuará no licenciamento ambiental. A sua base jurídica para tanto é o

princípio da predominância do interesse, ou seja, quando a probabilidade dos danos forem locais, somente o Município licenciará. Quando for regional e nacional, cabe respectivamente aos Estados e à União. Por um lado, é uma saída baseada na lógica, pois trabalha com critérios que podem ser observados na situação fática. Por outro, contraria o disposto no art. 23 da CF. Mesmo sendo uma possibilidade, devemos notar que os entes federativos não necessitam observar de quem é o interesse predominante nem é necessário que se observe o interesse, seja lá qual for. É determinação expressa da Constituição que todos participem. Logo, mesmo que de comum acordo, nenhum ente federativo pode se abster dessa função.

Por último, temos o *licenciamento único de caráter complexo*, o qual prevê a participação conjunta e cooperada de todos os entes federativos. Sobre essa solução verificamos que a sua aplicação requer uma sintonia entre toda federação. Apesar de defendermos a eficácia plena e com isso a aplicação imediata do art. 23, acreditamos que seria interessante se o Congresso Nacional aprovasse uma norma geral que regulasse a forma de atuação conjunta e cooperada. Isso resolveria a parte processual, norteando a atuação dos entes federativos.

Não obstante, a nosso ver, essa possibilidade é a mais conveniente na concepção constitucional. O Estado federal cooperativo adotado pela Magna Carta de 1988 é sinônimo de atuação conjunta dos entes federativos. Não é exclusividade do Brasil. A Austrália, por exemplo, adota a mesma sistemática em relação à tutela ambiental. Tem-se uma ordem constitucional que deve ser observada. Não é a dificuldade que a estrutura da administração pública proporciona em diversos entes federativos, que deve determinar a atuação nessa forma de Estado. O que deve ser feito é o contrário, ou seja, adaptar a estrutura do Estado para atingir suas finalidades. E isso passa pela observância do art. 23, VI e VII, parágrafo único.

Nesse sentido, a lei complementar em análise no Congresso Nacional não pode contrariar o que prevê a Constituição e determinar competências específicas para um ente em detrimento de outro no que se refere à proteção ambiental. Ela deve vir para aproximar os entes, ou seja, possibilitar a atuação conjunta e cooperada. Cabe ao operador do Direito optar pela melhor solução até que o legislador não proceda aos ajustes normativos necessários. É essa a determinação

expressa no art. 23, parágrafo único. Contrariar a constituição nesse tocante significa desrespeitar o pacto federativo.

Não duvidamos de que se trata de um trabalho árduo e custoso, mas acreditamos que haverá mais eficiência na defesa e proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações se a atuação for conjunta e cooperada. Os gastos administrativos serão menores. A instabilidade jurídica diminuirá, uma vez que não haverá dúvida na determinação da competência para licenciar. Teremos padrão de atuação, o que pode levar a diminuição do tempo. O número de servidores pode diminuir à medida que as funções forem melhor definidas. Enfim, acreditamos que a cooperação é o caminho para ordenar a atuação conjunta prevista no art. 23 da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: RT, 2004.

ALBERGARIA, Bruno. *Direito ambiental e a responsabilidade civil das empresas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

ARAÚJO, Suely M. V. G. de. Nota técnica: A distribuição de competências governamentais em relação a meio ambiente. Consultoria Legislativa: Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa da Área XI – Meio Ambiente e Direito Ambiental, Organização Territorial, Desenvolvimento Urbano e Regional. Brasília, Março de 2005.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *Estudos e pareceres de direito tributário*. São Paulo: RT, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discriminação constitucional de competências legislativas: a competência municipal. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

BASTOS, Celso. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BATES, Gerry M. *Environmental law in Austrália*. Adelaide: Butterworths, 1995.

BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. A competência dos Estados federados em meio ambiente a partir da ordem constitucional de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 105, 16 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4253>>. Acesso em: 19 dez. 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella; NASCIMENTO, Firly. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar. Ética do humano: compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. PL 3957/2004. Autor: Ann Pontes PMDB/PA. Dispõe sobre o licenciamento ambiental e dá outras providências. Brasília, 07 jul. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=260606>.

BRASIL. PL 3957/2004. Autor: Luciano Zica PT/SP. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, regulamenta o inciso IV do § 1º do art. 225 da CF e dá outras providências. Brasília, 07 jul. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=257161>.

BRASIL. PL 710/1988. Autor: Fábio Feldmann PMDB/SP. Torna obrigatória a elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA). Brasília, 07 jul. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15760>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo: aspectos contemporâneos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e a República brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900.

COÊLHO; Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 3.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 4.

CRETELLA JUNIOR, José. Definição de autorização administrativa. *RT* 486/18.

D'EÇA, Fernando. O sistema federal e o abuso de poder: princípios constitucionais de coordenação de competências como forma de prevenir e conter abusos de poder.

In: GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto; LIMA, Liana Maria Taborda (Coord.). *Abuso de poder no estado na atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio de poder. In: GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto; LIMA, Liana Taborda (Coord.). *Abuso de poder no estado na atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coord.). *Estatuto da cidade. Comentários da Lei Federal n. 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI SARNO, Daniela Campos Liborio. Competências urbanísticas. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ JUNIOR, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade. Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FARIAS, Paulo José Leite. A federação como mecanismo de proteção do meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 34, n.135, p. 283-284, jul./set. 1997.

FERNANDES, Paulo Vitor. *Impacto ambiental: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRERI, Janice Helena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: RT, 1995.

FIGUEIREDO, Paulo de. O sistema federalista e a integridade do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 85, p. 75-124, jan./mar. 1985.

FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Reflexões sobre a liberdade. In: *O olhar distanciado*. Lisboa: Edições 70, [19-?].

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: RT, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do Estado Federado ante a globalização econômica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2243>>. Acesso em: 22 dez. 2006.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MASON, Alpheus T. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. HARMON, M. Judd (Coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, n. 2, 1996.

MIRRA, Álvaro. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão: temas de direito político constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

MUKAI, Toshio. *Temas de direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PARECER n. 312/Conjur/MMA/2004. Assunto: Conflito de competência para licenciamento ambiental. Ministério do Meio Ambiente – Consultoria Jurídica. Brasília 04 de setembro de 2004. Gustavo Trindade – Consultor Jurídico.

REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962.

REHBINDER, Eckard. *Ambiente. Economia. Direito*. Milão: Rimini, Maggioli Editore, 1988.

ROSSO, Maximiliano. Da competência para o licenciamento ambiental e da possibilidade de atuação concomitante dos entes federativos. Livre iniciativa e proteção ambiental. In: PIRES, Luiz Manoel Fonseca; MENCIO, Mariana (Coord.). *Estudos de direito urbanístico I: licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da lei de parcelamento do solo*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1966.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *As responsabilidades no direito internacional do meio ambiente*. 1995. Tese (Titular) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SOFFIATI, Arthur. Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação. In: *Educação ambiental: repensando a cidadania*. São Paulo: Cortez, 2002.

SOUZA, José Pedro Galvão de. *Iniciação à teoria do estado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL. Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. ADIN 2.544-9/RS. Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 28 jun. 2006.

VON RONDOW, Cristian de Sales. Brasil: um país a caminho de uma Federação justa e equilibrada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3508>>. Acesso em: 22 dez. 2006.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ANEXO
PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº _____, DE 2003
(Do Sr. Sarney Filho)

Fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no que se refere às competências comuns previstas nos incisos VI e VII do art. 23 da Constituição Federal.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta lei complementar fixa normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para a competência comum em relação a proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas e preservar as florestas, a fauna e a flora, nos termos do art. 23, incisos VI e VII e parágrafo único, da Constituição Federal.

Art. 2º São princípios para a cooperação definida no art. 1º:

I – a política ambiental deve ser única e permanente para todo o País e contemplar as particularidades regionais e locais;

II – a coletividade e o Poder Público são co-responsáveis pela gestão e conservação do meio ambiente;

III – a gestão e a conservação do meio ambiente são atividades de ordem pública e de interesse social;

IV – o Poder Público é obrigado a divulgar, de modo sistemático e periódico, para toda a coletividade, informações completas sobre a situação do meio ambiente em todo o território nacional;

V – a União atuará nos temas abrangidos por esta lei complementar, diretamente, nos casos de interesse nacional ou regional e, supletivamente, sempre que necessário à garantia do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado;

VI – os Municípios atuarão nos temas abrangidos por esta lei complementar nos casos de interesse exclusivamente local e, nos demais casos, sempre que necessário, em caráter preliminar, até a efetivação da atuação pelo ente federativo competente;

VII – os Estados e o Distrito Federal atuarão nos temas abrangidos por esta lei complementar em todos os casos não caracterizados como de interesse nacional, regional ou exclusivamente local.

CAPÍTULO II
DO SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Seção I
Disposições Gerais

Art. 3º A cooperação definida no art. 1º será implementada por meio do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Art. 4º Constituem o SISNAMA:

I – os órgãos e entidades federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais responsáveis pela formulação e execução de programas e projetos ambientais e pelo controle e fiscalização de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de poluição ou degradação do meio ambiente;

II – um órgão colegiado, de caráter nacional, com função normativa, deliberativa e consultiva, nos termos desta lei complementar.

Art. 5º O SISNAMA será coordenado, em nível nacional, pelo ministério responsável pela área ambiental.

Art. 6º O órgão colegiado a que se refere o inciso II do art. 4º será presidido pelo titular do ministério responsável pela área ambiental e terá sua composição definida em regulamento, garantida a representação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de organizações não-governamentais cujos fins e atuação estejam diretamente ligados à proteção ambiental.

Seção II Das Competências

Art. 7º Compete ao órgão colegiado a que se refere o inciso II do art. 4º:

I – estabelecer as normas a ele expressamente delegadas por leis federais e seus regulamentos;

II – estabelecer a relação de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de significativa poluição ou degradação do meio ambiente, para efeito de exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental;

III – avocar para a esfera federal o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de significativo impacto ambiental de caráter regional ou nacional;

IV – definir o conteúdo mínimo do Relatório Nacional de Qualidade do Meio Ambiente;

V – aprovar relação de espécies raras e ameaçadas de extinção no território brasileiro;

VI – proibir ou restringir a supressão ou o abate de espécies raras, ameaçadas de extinção ou imprescindíveis ao equilíbrio ecológico;

VII – definir áreas de importância ecológica nacional ou regional;

VIII – autorizar, respeitada a legislação estadual e municipal, a caça amadora ou desportiva de espécies da fauna terrestre brasileira, mediante ato normativo em que se fixem:

a) as espécies e o número de exemplares capturáveis;

b) as áreas e a época em que a caça poderá ser realizada;

IX – estabelecer, mediante ato normativo, nas águas de domínio da União:

a) períodos e áreas de reprodução ou de recomposição de estoques pesqueiros;

b) processos e equipamentos proibidos ou locais em que a pesca seja proibida;

c) tamanho mínimo de captura por espécie;

d) outras medidas necessárias à gestão dos recursos aquáticos vivos;

X – aprovar o zoneamento ambiental elaborado em bases nacional ou regionais;

XI – aprovar a caracterização física e biológica dos biomas brasileiros;

XII – determinar, em razão do descumprimento de norma ambiental ou obrigações estabelecidas em licença ambiental ou Estudo Prévio de Impacto Ambiental:

a) a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público federal;

b) a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito na área federal;

XIII – decidir, como última instância administrativa, em grau de recurso, sobre multas e outras sanções impostas pelos órgãos federais do SISNAMA;

XIV – homologar acordos que visem à transformação de penalidades pecuniárias decorrentes de infrações à legislação ambiental, impostas pelos órgãos federais do SISNAMA, em obrigações de executar medidas de interesse para a proteção ambiental;

XV – determinar, no caso de usinas nucleares e usinas geradoras de eletricidade de importância estratégica no nível regional ou nacional, medidas de emergência, incluindo a redução ou suspensão temporária ou definitiva de atividades, na ocorrência ou iminência de situações críticas de poluição ou degradação do meio ambiente;

XVI – assessorar os órgãos e entidades federais, estaduais e municipais do SISNAMA no que se refere às políticas governamentais para o meio ambiente;

XVII – desempenhar outras competências previstas em lei.

Parágrafo único. A competência normativa do órgão colegiado de que trata este artigo não elide a regulação dos temas previstos neste artigo por meio de lei federal.

Art. 8º Compete aos órgãos federais do SISNAMA:

I – formular, executar e fazer executar, no nível nacional, a Política Nacional do Meio Ambiente;

II – articular com os ministérios, órgãos e entidades da Administração Pública federal, as ações relacionadas à Política Nacional do Meio Ambiente, nos níveis nacional e internacional;

III – promover a integração de programas e ações de órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, relacionados à proteção e à gestão do meio ambiente e dos recursos naturais renováveis;

IV – participar dos processos decisórios voltados à proteção e à gestão ambiental, em instâncias nacionais e internacionais;

V – articular a cooperação técnica, científica e financeira, em apoio à Política Nacional do Meio Ambiente;

VI – promover o desenvolvimento de estudos e pesquisas direcionados à proteção e à gestão ambiental e divulgar os resultados obtidos;

VII – implementar programas de gestão de bacias hidrográficas e de proteção de mananciais, compatibilizando a Política Nacional do Meio Ambiente e a Política Nacional de Recursos Hídricos;

VIII – organizar e manter, com a colaboração dos órgãos estaduais, do Distrito Federal e municipais competentes, o Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente;

IX – elaborar o zoneamento ambiental de âmbito nacional e regional;

X – definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, nos termos da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação;

XI – promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, nos termos da Lei da Política Nacional de Educação Ambiental;

XII – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

XIII – exercer o controle e a fiscalização relativos às normas ambientais;

XIV – efetuar o licenciamento ambiental de empreendimento ou atividade:

a) com significativo impacto ambiental regional ou nacional, assim reconhecido por decisão específica do órgão colegiado de que trata o inciso II do art. 4º;

b) desenvolvido em dois ou mais Estados, conjuntamente no Brasil e em país limítrofe, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva;

c) que afete terras indígenas ou unidade de conservação instituída pela União;

d) destinado a pesquisar, lavar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilize energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações;

e) que envolva organismo geneticamente modificado;

f) militar, observada a legislação específica;

XV – efetuar o registro ou o licenciamento ambiental para a fabricação e comercialização de substâncias, produtos e equipamentos potencialmente causadores de poluição ou degradação do meio ambiente;

XVI – elaborar relação de espécies raras ou ameaçadas de extinção no território brasileiro;

XVII – autorizar a supressão, total ou parcial, de florestas ou demais formas de vegetação nativa situadas em áreas de preservação permanente ao longo de corpos d'água de domínio da União;

XVIII – autorizar ou licenciar a supressão de vegetação nativa e a exploração de recursos florestais:

a) em áreas que tenham importância ecológica nacional ou regional, assim declaradas por lei, regulamento ou decisão específica do órgão de que trata o inciso II do art. 4º;

b) que envolvam espécies cujo abate ou comercialização sejam proibidos ou restritos por lei, regulamento ou decisão específica do órgão de que trata o inciso II do art. 4º, em razão de serem raras, ameaçadas de extinção ou imprescindíveis ao equilíbrio ecológico;

XIX – autorizar a introdução no País de espécie exótica da fauna e da flora;

XX – autorizar a liberação de exemplares de espécie exótica da fauna em ecossistemas naturais;

XXI – licenciar a exportação para o exterior de exemplares de espécies da flora e fauna brasileiras, partes destes ou produtos deles derivados;

XXII – autorizar a caça ou a captura de espécimes da fauna silvestre, inclusive ovos e larvas, respeitada a legislação estadual e municipal, destinados a criadouros legalizados, controle de espécies consideradas nocivas à agricultura ou à saúde pública, e pesquisa científica;

XXIII – autorizar o funcionamento de criadouros da fauna silvestre;

XXIV – conceder registro para pescadores profissionais e embarcações de pesca;

XXV – conceder licença para o exercício da pesca amadora nas águas de domínio da União;

XXVI – fiscalizar a pesca nas águas de domínio da União;

XXVII – outorgar o direito de uso das águas de domínio da União;

XXVIII – classificar os corpos d'água de domínio da União;

XXIX – desempenhar outras competências previstas em lei.

Parágrafo único. Os órgãos federais competentes do SISNAMA poderão firmar convênios com os órgãos estaduais e municipais do SISNAMA para o desempenho das atribuições previstas neste artigo.

Art. 9º Compete aos órgãos estaduais e do Distrito Federal do SISNAMA:

I – executar e fazer executar, na área de sua jurisdição, a Política Nacional do Meio Ambiente;

II – estabelecer normas relativas a controle, manutenção e recuperação da qualidade ambiental, respeitada a legislação federal pertinente;

III – exercer o controle e a fiscalização relativos às normas ambientais;

IV – estabelecer normas e critérios para o licenciamento de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de poluição ou degradação do meio ambiente, respeitada a legislação federal pertinente;

V – estabelecer a relação de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de significativa poluição ou degradação do meio ambiente, para efeito de licenciamento ambiental e de exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, respeitada a relação estabelecida pelo órgão colegiado de que trata o inciso II do art. 4º;

VI – efetuar o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de poluição ou degradação do meio ambiente, salvo o previsto no inciso XIV do art. 8º;

VII – colaborar na coleta e organização dos dados do Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente;

VIII – elaborar o zoneamento ambiental em âmbito estadual, respeitado o zoneamento ambiental nacional e regional;

IX – definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, nos termos da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação;

X – promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, nos termos da Lei da Política Nacional de Educação Ambiental;

XI – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

XII – implantar, em região metropolitana, medidas para circulação de veículos, reorientação do tráfego e revisão do sistema de transportes, com o objetivo de reduzir a emissão de poluentes;

XIII – implantar, nas áreas críticas de poluição, sistemas permanentes de acompanhamento dos índices de qualidade ambiental;

XIV – elaborar relação de espécies ameaçadas de extinção no respectivo território;

XV – conceder licença para o exercício da pesca amadora nas águas de seu domínio;

XVI – estabelecer, mediante ato normativo, nas águas de seu domínio, respeitadas as normas federais pertinentes:

a) períodos e áreas de reprodução ou de recomposição de estoques pesqueiros;

b) processos e equipamentos proibidos ou locais em que a pesca seja proibida;

c) tamanho mínimo de captura por espécie;

d) outras medidas necessárias à gestão dos recursos aquáticos vivos;

XVII – fiscalizar a pesca nas águas de seu domínio;

XVIII – outorgar o direito de uso das águas de seu domínio;

XIX – classificar os corpos d'água de seu domínio;

XX – autorizar a supressão, total ou parcial, de florestas ou demais formas de vegetação nativa situadas em áreas de preservação permanente nos casos não enquadrados no inciso XVII do art. 8º;

XXI – autorizar ou licenciar a supressão de vegetação nativa e a exploração de recursos florestais nos casos não enquadrados no inciso XVIII do art. 8º.

§ 1º A competência normativa dos órgãos estaduais do SISNAMA não elide a regulação dos temas previstos neste artigo por meio de lei estadual.

§ 2º Os órgãos estaduais e do Distrito Federal do SISNAMA poderão firmar convênios com os órgãos federais e municipais do SISNAMA para o desempenho das atribuições previstas neste artigo.

Art. 10. Compete aos órgãos municipais do SISNAMA:

I – executar e fazer executar, na área de sua jurisdição, a Política Nacional do Meio Ambiente;

II – exercer o controle e a fiscalização relativos às normas ambientais;

III – estabelecer normas relativas a controle, manutenção e recuperação da qualidade ambiental, respeitada a legislação federal e estadual pertinente;

IV – efetuar o licenciamento ambiental, em substituição ao órgão estadual do SISNAMA, no caso de empreendimento ou atividade cujo impacto ambiental circunscreva-se ao território do município, se assim for previsto por convênio com o órgão estadual;

V – colaborar na coleta e organização dos dados do Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente;

VI – elaborar o zoneamento ambiental em âmbito municipal, respeitado o zoneamento ambiental nacional, regional e estadual;

VII – definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, nos termos da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação;

VIII – promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, nos termos da Lei da Política Nacional de Educação Ambiental;

IX – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

X – implantar, no perímetro urbano, medidas para circulação de veículos, reorientação do tráfego e revisão do sistema de transportes, com o objetivo de reduzir a emissão de poluentes;

XI – autorizar a supressão, total ou parcial, de florestas ou demais formas de vegetação nativa situadas em áreas de preservação permanente em área urbana, se assim for previsto com o órgão estadual.

§ 1º A competência normativa dos órgãos municipais do SISNAMA não elide a regulação dos temas previstos neste artigo por meio de lei municipal.

§ 2º Os órgãos municipais do SISNAMA poderão firmar convênios com os órgãos federais e estaduais do SISNAMA para o desempenho das atribuições previstas neste artigo, bem como integrar consórcios municipais com a mesma finalidade.

Art. 11. Os órgãos integrantes do SISNAMA poderão editar, conjuntamente, atos administrativos com vistas ao desempenho das competências previstas nesta Seção.

Seção III Do Sistema de Informações sobre Meio Ambiente

Art. 12. O Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente - SINIMA - tem como objetivos:

I - reunir, dar consistência e divulgar dados e informações sobre meio ambiente no Brasil;

II - fornecer subsídios para os planos, programas e ações dos órgãos integrantes do SISNAMA;

§ 1º É garantido o acesso aos dados do SINIMA a qualquer cidadão, nos termos do regulamento.

§ 2º Os órgãos integrantes do SISNAMA proverão todas as informações necessárias ao SINIMA.

Art. 13. Compõem o SINIMA:

I – as informações referentes a licenças e autorizações concedidas pelos órgãos do SISNAMA;

II – a legislação ambiental federal, estadual, do Distrito Federal e municipal e os atos normativos editados pelos órgãos do SISNAMA;

III – o Relatório Nacional de Qualidade do Meio Ambiente;

IV – o Cadastro Técnico Nacional de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;

V – o Cadastro Técnico Nacional de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais;

VI – o Cadastro Nacional de Unidades de Conservação;

VII – o Cadastro Nacional de Pesca;

VIII – outros cadastros incluídos por lei no SINIMA.

CAPÍTULO III DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 14. Além das competências previstas no art. 7º, compete ao órgão colegiado de que trata o inciso II do art. 4º editar os atos normativos atualmente atribuídos a outros órgãos federais de meio ambiente por lei ou regulamento, resguardadas as competências de outros órgãos colegiados que integrem a estrutura do ministério responsável pela área ambiental.

Art. 15. Esta lei complementar entra em vigor noventa dias contados da data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A necessidade de edição de lei complementar regulando as formas de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o exercício das competências comuns de que trata o art. 23 da Constituição Federal (proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer uma de suas formas, e preservar as florestas, a fauna e a flora) tem sido destacada em diversas ocasiões nesta Casa. Recentemente, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a

“investigar o tráfico ilegal de animais e plantas silvestres da fauna e flora brasileiras” apresentou, entre outras recomendações, a seguinte:

“O Poder Executivo e o Legislativo devem envidar esforços conjuntos no sentido de aprovar uma lei complementar regulando a competência comum de União, Estados e Municípios no trato da questão ambiental, com base no art. 23, parágrafo único, e incisos VI e VII, da Constituição Federal. Sugere-se que nesse trabalho de elaboração legislativa haja uma ampla negociação com Estados e Municípios, que pode ser coordenada pelo CONAMA.”

O projeto de lei complementar ora apresentado tem por objetivo servir de suporte inicial a essa importante discussão.

Sala das Sessões, de de 2003.

Deputado **Sarney Filho**