



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL E GESTÃO ESTRATÉGICA DA
SUSTENTABILIDADE

FERNANDA ABREU TANURE

A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA O LICENCIAMENTO
AMBIENTAL: Análise da Constitucionalidade da Lei Complementar nº
140/2011

São Paulo
2014

FERNANDA ABREU TANURE

**A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA O LICENCIAMENTO
AMBIENTAL: Análise da Constitucionalidade da Lei Complementar nº
140/2011**

Trabalho de conclusão de curso de Especialização em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade, promovido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista, sob orientação do Professor-Orientador Rodrigo Lex.

São Paulo

2014

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo realizar análise abrangente acerca da competência municipal para o licenciamento ambiental, nos termos estabelecidos pela Lei Complementar nº 140/2011. Referida norma afirma que os Municípios, para o efetivo exercício da competência material comum atribuída pela Constituição Federal, devem seguir padrões determinados pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente. No entanto, o sistema federativo brasileiro não permite a criação de preferências e sistemas hierárquicos entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por se tratarem de entes autônomos e independentes entre si, razão pela qual a segunda parte da alínea ‘a’ do inciso XIV do artigo 9º da Lei Complementar nº 140/2011 apresenta-se inconstitucional, por exigir que a tipologia para caracterização do impacto local – critério determinante para definir a competência municipal para o licenciamento – deve ser estabelecida por órgão estadual.

ABSTRACT

This paper intends to offer a broad analysis of the division of environmental administrative competencies brought by the Complementary Law 140/2011 particularly in regard to the municipal competency to issue environmental license. The referred rule states that the Municipalities, invested in their constitutional competency, must follow the standards determined by the State Environmental Councils. The Brazilian federative system does not allow the creation of preferences and hierarchic systems between the Union, the States, the Federal District and the Municipalities, which is the reason why the article 9 of the Complementary Law 140/2011 should be declared unconstitutional.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	6
II. O SISTEMA FEDERATIVO E O MUNICÍPIO	8
II.1 O Sistema de Repartição de Competências na Constituição Federal	9
II.1.1 Competência exclusiva	11
II.1.2 Competência privativa.....	12
II.1.3 Competência comum.....	14
II.1.4 Competência concorrente	16
II.2 Competências ambientais constitucionais	17
II.3 O Papel dos Municípios no sistema federativo brasileiro: competências constitucionais municipais.....	19
II.2.1 O artigo 30 da Constituição Federal e as competências dos Municípios	20
III. COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	24
III.1 Competências administrativas: poder de polícia e licenciamento ambiental	24
III.1.1 O poder de polícia	24
III.1.2 O licenciamento ambiental.....	25
III.2 Competência administrativa comum	28
IV. A LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011 E AS COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS ADMINISTRATIVAS	33
IV.1 Das Mudanças Trazidas com a Lei Complementar nº 140/2011 para a Matéria de Competência Administrativa na Seara Ambiental	33
V. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011 NO EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS DO MUNICÍPIO	39
V.1 A Divisão de Competências Licenciatórias na Lei Complementar nº 140/2011 ...	39
V.2 Competência licenciatória ambiental municipal nos termos da Lei Complementar nº 140/2011: a necessária obediência a padrões estaduais	45
V.3 A (in) constitucionalidade da alínea ‘a’ do artigo 9º da Lei Complementar nº 140/2011	49
VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
ANEXOS	62

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em analisar a constitucionalidade da segunda parte da alínea ‘a’ do inciso XIV do artigo 9º da Lei Complementar nº 140/2011, a qual determina que os Conselhos Estaduais de Meio Ambiente são responsáveis por definir, no âmbito de cada Estado, o que deve ser considerado *impacto local*.

Trata-se, portanto, de estudo acerca da distribuição de competência para proceder ao licenciamento ambiental, atribuída pela Lei Complementar nº 140/2011, que, em uma aparente afronta ao princípio do federalismo, atribui a órgão estadual a competência para estabelecer a competência municipal.

Analisa-se, em um primeiro momento, a forma de organização do Estado brasileiro, considerando a adoção do sistema federativo, formado pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, esferas autônomas que possuem plena capacidade de organização, normatização, administração e governabilidade, entre si independentes e não subordinados, cujas competências vêm esboçadas no texto constitucional.

Na sequência, são apresentadas formas de competência trazidas pela Constituição Federal, materiais (administrativa e executiva) e legislativas, as quais são didaticamente distribuídas entre exclusiva, privativa, delegada, comum, concorrente, complementar e supletiva.

Em seguida, é feita uma abordagem sobre o papel do Município no sistema federativo brasileiro, tratando com especial atenção das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e das competências exclusivas designadas a ele (artigo 30).

Antes de adentrar nas questões atinentes a Lei Complementar nº 140/2011, faz-se uma breve explanação sobre o poder de polícia, inerente ao Poder Público, e o licenciamento ambiental, como forma de exercício da competência comum entre os entes federativos (artigo 21).

É, a partir de então, explicado em que contexto foi editada a Lei Complementar 140/2011, que, ao regulamentar o dispositivo constitucional mencionado, promove, entre outras providências, a distribuição de competências ambientais entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal; bem como as mudanças no ordenamento jurídico trazidas pelo citado diploma legal.

Para manter o foco do presente trabalho, restringe-se a análise do documento ao que tange exclusivamente à determinação de que aos Municípios compete promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade (alínea ‘a’ do inciso XIV do artigo 9º).

Decorrente dessa restrição, analisa-se se cabe aos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente informar os limites e condições da competência licenciatória dos Municípios, eis que tal situação aparenta criar verdadeira situação de subordinação entre os Estados e Municípios brasileiros, na qual estes seriam, em tese, hierarquicamente inferiores àqueles no que tange ao pleno exercício de suas competências licenciatórias em matéria ambiental.

E é nessa seara que se enquadra o objetivo do presente trabalho, que pretende analisar a constitucionalidade do aludido dispositivo da Lei Complementar nº 140/2011, no que tange à divisão de competências administrativas ambientais, mais especificamente, a competência municipal para o licenciamento ambiental.

II. O SISTEMA FEDERATIVO E O MUNICÍPIO

A Constituição Federal de 1988 determinou, em seus artigos 1º e 18º que o Brasil é uma República Federativa composta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *verbis*:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

Artigo 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

O Estado Federal brasileiro está, assim, fundado na existência de quatro esferas governamentais que se manifestam sobre a mesma população e sobre o mesmo território, todas de forma autônoma e independente: a esfera da União, a de cada Estado ou do Distrito Federal e a de cada Município.

Importa registrar que a inclusão do Município como ente federativo autônomo apenas se deu quando da promulgação da atual Constituição Federal, eis que as constituições anteriores o colocavam em subordinação aos Estados. Conforme registrado pelo Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM¹:

A posição do Município na Constituição vigente, entretanto, foi radicalmente alterada, não apenas pela outorga constitucional da capacidade (política) de auto-organização – fixada no dispositivo ora anotado [art. 30] – mas, também, pela elevação à condição de ente integrante da federação (art. 1º, caput e art.18, caput).

Destarte, não há, atualmente no sistema federativo brasileiro, qualquer distinção que implique na existência de hierarquia entre a União, Estados e Município, sendo, nos termos do inciso III do artigo 19 da Constituição Federal, inclusive, vedado a cada ente que crie preferências entre si.

¹ CEPAM. *Breves Anotações à Constituição de 1988*. p. 130.

Na doutrina de Fernanda Dias Menezes de Almeida, pode-se identificar a inexistência de subordinação entre um ente federativo a outro, dando-se a conotação de repartição horizontal – e não vertical, por exemplo.

No sistema descrito, **a doutrina costuma identificar uma repartição horizontal de competências**, com matérias distribuídas em regime de exclusividade a cada entidade federada, **não se aceitando a participação ou interferência da União no exercício dos poderes dos Estados e vice-versa.** ² (grifo nosso)

Destarte, qualquer alteração legislativa que tenha por objeto a modificação do sistema federativo, no sentido de subordinar os Municípios a condutas dos Estados Federativos irá de encontro ao atual texto constitucional.

II.1 O Sistema de Repartição de Competências na Constituição Federal

Para alcançar o equilíbrio federativo, a Constituição se vale de um complexo e intrincado sistema de repartição de competências, no qual a cada entidade federativa é destinada uma parcela de poder³.

A já citada doutrinadora Fernanda Dias Menezes de Almeida aponta que a necessidade de estabelecer-se a repartição de competências se dá na medida em que a sua ausência geraria conflitos quando da atuação dos entes federativos:

A existência, no Estado Federal, de um poder central e de poderes periféricos, que devem funcionar autônoma, mas concomitantemente, conduz necessariamente a que haja no arranjo federativo um esquema de repartição de competências entre o todo e as partes.

Por um lado, a partilha de competência é que dá substância à descentralização em unidades autônomas. Isto porque, se o fulcro da autonomia dos entes federados está primordialmente na capacidade de auto-organização e de autolegislação, ficaria destituído de sentido

² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Comentários ao artigo 21, caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SCARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. p. 725.

³ *Reflexões sobre os vinte anos da Constituição Federal*. p. 229.

reconhecer esta capacidade, sem se definir o objeto passível de normatização pelo poder central e pelos poderes estaduais.⁴

Por outro lado, se se quiser a preservação de um relacionamento harmônico entre o conjunto e as partes, **é imprescindível delimitar as respectivas atribuições, sem o que seria inevitavelmente conflituosa a sua convivência.** (grifo nosso)

O arcabouço desse complexo sistema é estabelecido de forma que, nos artigos 21 e 22 são elencados os poderes da União; nos artigos 29 e 30 são indicados os poderes dos Municípios; e no §1º do artigo 25 é reservado aos Estados os poderes residuais. Em paralelo a isso, ainda se encontra a competência comum, prevista no artigo 23, onde atuam os três entes, bem como a competência concorrente entre a União e os Estados e a suplementar dos Municípios, nos artigos 24 e 30.

Destaca-se que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, nos termos do §1º do artigo 32 da Constituição Federal.

Vê-se, assim, que a repartição de poderes autônomos é o sustentáculo do Estado Federal. Poder, neste contexto, está a significar “*a porção de matéria que a Constituição distribui entre as entidades autônomas e que passa a compor seu campo de atuação governamental, sua área de competência*”, segundo José Afonso da Silva⁵.

“*Competências*”, por sua vez, vêm a ser “*as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções, suas tarefas, prestar serviços*”⁶.

Assim, aponta Helene Sivini Ferreira⁷, haurindo as lições do já citado José Afonso da Silva, que as competências estabelecidas constitucionalmente podem ser classificadas a partir de dois critérios distintos: *natureza e extensão*.

⁴ Comentários ao artigo 21, *caput*. p. 111.

⁵ *Direito ambiental constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

⁶ *Idem*.

Considerando a *natureza*, explica a doutrinadora, as competências ambientais se classificam como *executivas, administrativas e legislativas*. A *competência executiva* reserva a determinada esfera do poder o direito de estabelecer e executar diretrizes, estratégias e políticas relacionadas ao meio ambiente; já a *competência administrativa* ou *implementadora* refere-se ao exercício do poder de polícia pelos entes federativos, por meio de implementação e fiscalização; e, finalmente, a *competência legislativa*, que diz com a capacidade de determinada entidade federativa de legislar a respeito de questões específicas.

Com relação a tal divisão, importa destacar a inerente correlação entre as competências materiais (executiva e administrativa) e a legislativa, uma vez que “o *exercício das competências materiais pressupõe, no Estado de Direito, a existência de disciplina legal, considerando-se o primado do princípio da legalidade, que, para a Administração Pública, significa poder fazer apenas o que a lei permite*”⁸.

Tem-se, ainda, que nosso sistema constitucional classificou as competências, quanto à sua *extensão*, dividindo-as didaticamente em *exclusiva, privativa, comum e concorrente*, de acordo com a tipologia que passamos a expor.

II.1.1 Competência exclusiva

Serão exclusivas as competências atribuídas a determinado ente com a exclusão da atuação dos demais, uma vez que não cabe interferência por qualquer dos outros entes federativos sobre a matéria assim designada.

É o caso das competências da União elencadas no artigo 21 da Constituição Federal, uma vez que, quando se tratar de matéria que diz respeito a um interesse da União, a

⁷ “Competências ambientais”. In GOMES CANOTILHO, José Joaquim e LEITE, José Rubens Morato (org.) *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205.

⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao artigo 21, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SCARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. p.737.

sua competência legislativa para dispor sobre tal interesse é exclusiva de tal ente federativo, não havendo espaço nem para legislação estadual nem municipal nessa matéria⁹.

Como consequência de tal dispositivo, os interesses da União só podem ser regulados por lei federal, por força do Pacto Federativo, previsto no artigo 1º da Constituição Federal, e da competência privativa do Congresso Nacional para dispor sobre as matérias de competência da União, nos termos do artigo 48¹⁰.

De igual forma, o artigo 25 da Constituição Federal estabelece quais são as competências exclusivas do Estado; e o artigo 30, incisos I, VIII e IX, estabelece aquelas do Município.

II.1.2 Competência privativa

Tal modalidade de competência encontra-se prevista no artigo 22 da Constituição Federal e se caracteriza quando “*enumeradas como próprias de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de delegação e de competência suplementar*”¹¹.

Para José Afonso da Silva, a diferença básica entre as competências exclusivas e as privativas é justamente a possibilidade de exercício por outro ente, mediante delegação ou no exercício de sua competência suplementar, que é o poder para “*formular normas que desdobrem o conteúdo dos princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas*”¹².

⁹ GRECO, Marco Aurélio. *Da incompetência dos estados e municípios para dispor sobre exigências a serem atendidas pelos estabelecimentos bancários em relação a itens de segurança.*, p. 201.

¹⁰ Art. 48. **Cabe ao Congresso Nacional**, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, **dispor sobre todas as matérias de competência da União**, especialmente sobre: [...] (grifo nosso)

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 479.

¹² Idem.

Destaca-se que a União é o único ente federativo que possui competência privativa, eis que unicamente expresso no parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal.

Não se deve, no entanto, entender pela possibilidade de delegação do poder em si, uma vez que a lei complementar “*só poderá autorizar os Estados a legislarem sobre pontos específicos das matérias dispostas neste artigo, afastando-se assim a chamada delegação genérica*”¹³.

Nesse mesmo sentido dispõe Nelson Nery Junior¹⁴:

A competência dada ao Poder Legislativo da União para legislar sobre as matérias descritas na norma comentada é *privativa*. Isto significa exclusividade nos planos *horizontal* e *vertical*, de modo que ao Congresso Nacional é vedado delegar sua competência legislativa privativa aos Poderes Executivo e Judiciário, bem como aos Estados-membros e Municípios. A proibição de delegar decorre não apenas da disposição expressa no *caput* do CF 22, quando diz ser esta competência *privativa*, mas é ínsita ao sistema constitucional brasileiro.

Também partilha de tal entendimento Fernanda Dias Menezes de Almeida¹⁵, ao defender que a União somente poderá delegar “*questões específicas das matérias relacionadas no art. 22*”. Tal autora vai além e também nos participa sobre a possibilidade de delegação a Estado ou Estados determinados, em detrimento dos demais:

De todo modo, vale sublinhar problema que se põe à luz do dispositivo em questão e que diz respeito à possibilidade de se proceder ou não a delegação desigual de competência legislativa da união para os Estados.

A fim de demonstrar o embate doutrinário, a autora traz o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o qual entende ser possível a delegação específica a

¹³ CEPAM. *Breves Anotações à Constituição de 1988*. p. 121.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional*.p.449.

¹⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Comentários ao artigo 21, caput*. p.747.

determinado(s) Estado(s), em contraposição ao ensinamento de Alexandre de Moraes e Anna Candida da Cunha Ferraz, que defendem que “*a União somente poderá delegar pontos específicos de sua competência a todos os Estados*”, ante a vedação constitucional de preferências dos entes federativos entre si.

Na defesa de seu posicionamento, a autora traz o entendimento de que, apesar de a possibilidade do tratamento desigual, a fim de promover a igualdade entre os Estados-membros, de ser o mais acertado juízo, este encontra óbice no inciso II do artigo 19 da Constituição Federal:

Defende-se aqui esta última posição, já firmada no livro *Competências na Constituição de 1988* (cit., p. 94), com base no tratamento paritário entre os Estados, imposto pelo art. 19, II, da Constituição, e que somente poderia ser quebrado por permissivo constitucional expresso.

Isto, entretanto, não impede a crítica à manutenção de um federalismo simétrico na espécie, em que mais acertado seria adotar-se um tratamento desigual, mais indicado para a correção do desnivelamento dos Estados no federalismo brasileiro.

Destarte, a autorização de delegação da competência privativa da União, disposta expressamente no parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal, gera outra modalidade de competência, a denominada “*competência delegada*” – a qual permite que os Estados legislem sobre pontos específicos das matérias dispostas no referido artigo quando autorizados por lei complementar¹⁶.

II.1.3 Competência comum

A competência comum, objeto central deste estudo, encontra-se disposta no artigo 23 da Constituição Federal, a qual distribui entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o poder para atuarem “*conjunta e permanentemente, com vistas ao atendimento de objetivos de interesse público, de elevado alcance social, a demandar uma soma de esforços*”¹⁷.

¹⁶ GRECO, Leonardo. *Competências constitucionais em matéria ambiental*. p. 1261,.

¹⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Comentários ao artigo 21, caput*. p.747.

Mais uma vez tomando emprestadas as palavras de José Afonso da Silva, podemos afirmar que a competência comum:

[...] significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente¹⁸.

Num primeiro momento pode-se levar a crer que tal competência implica em uma atuação simultânea e desordenada de todos os entes federativos. No entanto, tal atuação deve ser “*para solucionar matérias que estejam nas suas atribuições institucionais*”¹⁹.

Nesse sentido, Toshio Mukai²⁰, ao tratar da competência comum no âmbito da proteção ambiental, deixa ensinamento mais amplo, no sentido de que não se pode permitir que um ente federativo se arvore ao exercício da competência de outro pela simples invocação da competência comum, pois poderia encontrar situações fáticas absurdas:

Temos, como dito acima, escritos no sentido da cumulação de competências levando a tais distorções interpretativas. Quer dizer, tanto a União como os Estados poderiam atuar, na área ambiental indistintamente, ainda que a degradação seja puramente local. Se assim fosse, apagar-se-ia do texto constitucional as competências privativas de cada ente para proteger o meio ambiente, e, se assim fosse, inversamente, o Município poderia atuar sobre uma degradação ambiental de âmbito regional (de competência do Estado) ou de âmbito nacional, o que, fática e juridicamente, é impossível.

Segundo Édis Milaré²¹, a competência comum deve ser exercida à luz do princípio da eficiência, sendo certo que a atuação dos entes federativos deve ser ordenada de forma a partir-se do local ao nacional:

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ LOPES, Hely Lopes. *Direito Municipal brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p.134.

²⁰ MUKAI, Toshio. *A Competência Comum na Constituição de 1988 (artigo 23 e parágrafo único): distorções de interpretações.*, p. 373/374.

²¹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 210/211.

Assim, em nome da eficiência, a Administração Pública, ao exercer sua competência para a aplicação da legislação de proteção ambiental, deve atentar para o mencionado princípio segundo o qual *“todas as atribuições administrativas materiais devem ser exercidas, de modo preferencial, pela esfera mais próxima ou diretamente vinculada ao objeto de controle ou da ação de polícia”*. Ou, em outras palavras, *“nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior”*.

II.1.4 Competência concorrente

A competência concorrente está disposta no artigo 24 da Constituição Federal, a qual determina que, para as matérias dispostas em tal dispositivo, é atribuído à União o condão de estabelecer as normas gerais sobre determinados temas, cabendo aos Estados desdobrar tais dispositivos gerais de acordo com as peculiaridades regionais.

Édis Milaré²², ao versar sobre a compensação por significativo impacto ambiental, no âmbito do Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, traz importante lição sobre a distribuição de poderes entre os entes federativos quando a competência é, entre eles, concorrente:

É importante considerar, nesse passo, que as disposições do Dec. 6.848/2009 devem ser aplicadas em todo o país, na medida em que, sobre a matéria, a competência legiferante do Estado-Membro é concorrente. Basta ver o art. 24 da CF/1988 que, em seus incs. I, VI e VIII, estabelece que a legislação a respeito de direito tributário, de conservação da natureza e, ainda, de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente compete de forma concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal. **Sendo assim, há primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e parágrafos) sobre essas matérias, cabendo aos Estados-Membros, no uso da sua competência suplementar, preencher os vazios da lei federal, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais.**

Noutro giro, caso a União não exerça sua competência originária – edição de normas gerais –, os Estados podem exercer plenamente a sua competência, a qual prevalecerá até que a União exerça seu papel, momento a partir do qual restará suspensa a eficácia da lei estadual no que for contrária à lei federal então publicada.

²² MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 1276.

Têm-se, portanto, derivadas da competência concorrente, duas modalidades reflexas de competência, a complementar e a supletiva.

A primeira modalidade se dá quando o Estado apenas estabelece dispositivos específicos sobre as normas gerais editadas pela União, detalhando-as pelo acréscimo de pormenores²³, sempre em consonância com as diretrizes ditadas pela lei federal²⁴.

A segunda modalidade confere aos Estados o poder de exercer de forma plena as atribuições conferidas à União, enquanto esta não editar as respectivas normas gerais. Esta autorização se dá, a fim de que não haja espaços em branco na legislação²⁵.

Importa destacar ainda que, apesar de o Município não constar no *caput* do artigo 24, não se pode desconsiderar a sua participação na competência concorrente. Sobre o tema, versa a já citada doutrinadora Fernanda Dias Menezes de Almeida: “[...] válido entender que aos Municípios também se conferiu a participação na produção normativa concorrente, em virtude do disposto no art. 30, II, que lhes dá competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”²⁶.

II.2 Competências ambientais constitucionais

Especificamente sobre a repartição de competência em matéria ambiental, é certo que o critério estabelecido, tanto para aquelas de natureza material (executiva e administrativa), como legislativa, é o da *predominância do interesse*, segundo o qual, cabe à União aquelas matérias e questões de predominante interesse geral (leia-se, nacional), enquanto que aos Estados tocarão matérias e assuntos de interesse predominantemente regional e aos Municípios se reservam as matérias e assuntos de

²³ Idem. p.751.

²⁴ CEPAM. *Breves Anotações à Constituição de 1988*, p. 123.

²⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 214.

²⁶ Ibidem. p. 751.

interesse local ²⁷, bem como da *dominialidade*, quando envolver Unidades de Conservação (exceto Área de Proteção Ambiental).

Por muito tempo não houve consenso doutrinário a respeito do critério para definição de competência, o que gerou diversas correntes trazendo o embate entre (i) o critério geográfico, (ii) a abrangência do impacto, (iii) a dominialidade e (iv) a especificidade ou segurança nacional. E, em razão de tal dissenso, muito tratavam o critério da predominância do interesse como um supra critério a harmonizar os demais²⁸.

Didaticamente, a repartição de competências em matéria ambiental preconizada pela Constituição Federal pode ser demonstrada da seguinte forma:

A) COMPETÊNCIA EXECUTIVA

- *Exclusiva da União*: artigo 21, incisos IX, XVIII, XIX, XX e XXIII;
- *Exclusiva dos Estados*: artigo 25, §§ 1º, 2º e 3º;
- *Exclusiva dos Municípios*: artigo 30, incisos VIII e IX.

B) COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA

- *Comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*: artigo 23, incisos III, IV, VI, VII e XI.

C) COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

- *Privativa da União*: artigo 22, incisos IV, XII e XXVI;
- *Exclusiva dos Estados*: artigo 25, §§ 1º e 3º;
- *Exclusiva dos Municípios*: artigo 30, inciso I;
- *Concorrente entre União, Estados e Distrito Federal*: artigo 24, incisos VI, VII e VIII;
- *Suplementar dos Municípios*: artigo 30, inciso II.

²⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro.*, p. 205.

²⁸ TRENNEPOHL, Curt. *Licenciamento Ambiental*, p. 29.

Demonstrando, desta forma, que apesar da Constituição Federal atribuir um sistema extremamente desenvolvido, ainda persistem dúvidas quanto à competência de cada ente federativo, principalmente no trato do Meio Ambiente, eis que este é “[...] *único, indissociável, indivisível, integrado e interdito* [...]”²⁹.

II.3 O Papel dos Municípios no sistema federativo brasileiro: competências constitucionais municipais

A Constituição atualmente em vigor, diferentemente das anteriores, adotou os Municípios como entidades autônomas, como se vê pelos dispositivos acima referidos, elevando-os à condição de partícipes da Federação³⁰.

O artigo 29 da Carta Magna dispõe que os Municípios serão regidos por leis orgânicas próprias e, apesar destas serem obrigatoriamente compatíveis com os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do seu respectivo Estado membro, foi dada uma maior autonomia nos aspectos *político, administrativo e financeiro*, abaixo:

Artigo 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
[...]

A doutrina de Lucia Valle Figueiredo³¹ aponta que, em que pese a Constituição Federal de 1988 ter erigido o Município à qualidade de ente federativo independente e autônomo, não o fez politicamente, ao passo que este não possui representatividade no Congresso Nacional:

Dissemos que a Constituição de 1988, em termos de federação, tem particularidade e, ao mesmo tempo, anomalia. A particularidade é -

²⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 229.

³⁰ MILARÉ, Édís. *Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil*, p. 36.

³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Discriminação Constitucional das Competências Ambientais. Aspectos Pontuais do Regime Jurídico das Licenças Ambientais*. p. 1281 .

sem dúvida - a inclusão do Município na federação. E a anomalia reside no fato de o Município não ter, no Poder Central, representatividade, vez que no sistema bicameral a Câmara dos Deputados é formada por representantes do povo, eleitos proporcionalmente em cada Estado, e pelo Senado Federal com representantes dos Estados e do Distrito Federal.

Ultrapassadas as questões políticas relativas à verdadeira autonomia do Município enquanto ente federativo, é certo que a Constituição Federal, ao inseri-lo como parte integrante da República Federativa Brasileira, quis provê-lo de poderes e competências próprias, os quais não podem (e nem devem) ser questionados pelos Estados ou União.

Desta maneira, é correto afirmar que não há hierarquia entre os entes da Federação Brasileira, incluídos neste contexto os Municípios.

II.2.1 O artigo 30 da Constituição Federal e as competências dos Municípios

As competências municipais vêm descritas no artigo 30 da Constituição Federal, *in verbis*:

Artigo 30. Compete aos Municípios:

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
- III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
- VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
- IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Ao longo do texto constitucional, também é possível vislumbrar outras demandas de atuação municipal, a exemplo da sua competência para o planejamento e ordenamento urbano (artigo 182 da Constituição Federal).

Da leitura do transcrito artigo 30 e incisos acima, podemos vislumbrar que o Município terá, no que tange à matéria ambiental, competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Com relação à competência dos Municípios trazido no inciso I do artigo 30, Ubiracy Araújo³², citando Vladimir Passos de Freitas, discorre:

A nova Constituição inovou ao substituir a expressão tradicional ‘peculiar interesse’ por ‘interesse local’. Com isso, perdeu-se entendimento consolidado em doutrina de dezenas de anos, já que desde a Constituição Republicana de 1891 usava-se a expressão ‘peculiar interesse’ (conforme artigo 61). Pois bem: qual o assunto ambiental de interesse federal ou estadual que não interessa à comunidade? Então, raciocinando em sentido contrário, tudo é do interesse local e, portanto, da competência municipal? O subjetivismo da expressão origina as mais atrozidades dúvidas. E, apesar dos anos passados da promulgação da nova Constituição, ainda não se definiram a doutrina e a jurisprudência.

Para Paulo Affonso Leme Machado³³, o “*interesse local não se caracteriza pela exclusividade do interesse, mas pela sua predominância*”, desta maneira, para a doutrina do autor, o Município será competente para legislar sobre os assuntos de interesse predominantemente local, ainda que não exclusivamente local.

No que tange à matéria legislativa ambiental, em que pese o Município não vir expressamente qualificado como competente para tal, no artigo 24 da Constituição Federal, como já discorrido, entende-se que a sua competência suplementar a abarcaria, tendo em vista que possui, como visto, a competência comum administrativa nesta seara.

³² *Reflexões sobre os vinte anos da Constituição Federal*. p. 240 apud. *A Constituição Federal e a efetividade das Normas Ambientais*. Ed. RT. SP. 2000.

³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 443.

Nesse contexto, não é demais relembrar a existência de alguns limites ao poder dos Municípios, uma vez que, possuindo a Federação brasileira três ordens jurídicas parciais, afora o Distrito Federal, natural que a menor delas, o Município, encontre limites implícitos à sua auto-organização³⁴.

O Município, uma vez que se encontra inserto nas demais entidades federativas e, por tal razão, se organiza a partir dos princípios adotados nas constituições daquelas, “*além dos princípios constitucionais do Estado brasileiro, postas na Carta Federal, deverá haver-se com aqueles que informam a organização regional, isto é, aqueles insertos na Constituição do Estado-membro*”³⁵. Em outras palavras, deverá o Município, quando da elaboração de sua Lei Orgânica, se ajustar aos princípios formadores da Constituição Federal e da Constituição do Estado em que se insere.

Na doutrina de Regina Maria Macedo Nery Ferrari³⁶, é um equívoco pensar que “*a União está para o Estado, como o Estado para o Município*”. E continua a citada autora, trazendo os ensinamentos do professor Orlando Gomes³⁷:

A União compõe-se de uma Federação de estados, mas um Estado não se compõe de uma Federação de Municípios. Além disso, e, pelo menos juridicamente, os Estados cedem algo de sua soberania em favor da União; enquanto que delegam poderes aos Municípios para administrar os interesses locais, como diretos fatores desses interesses.

Observa-se, desta forma, que apesar da inexistência de hierarquia entre os entes federativos, a origem de seus poderes possui natureza diversa, refletindo na disparidade de poderes entre eles.

A título de exemplo, uma das evidências que nos leva a reconhecer que lhe faltam elementos para se admitir identidade entre a União, Estados e Municípios é a

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *O município: sua evolução histórica e suas atuais competências*. Revista de Direito Constitucional e Internacional | p. 54

³⁵ CEPAM, idem p. 132.

³⁶ *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | p. 258

³⁷ *Direito Municipal Brasileiro*, p.77-78.

ausência de órgão para o exercício da função judiciária deste último e, conforme anteriormente registrado, a inexistência de representação dos Municípios junto aos órgãos do Poder Legislativo da União – Câmara dos Deputados e Senado Federal – representativos de nossa soberania.

III. COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

III.1 Competências administrativas: poder de polícia e licenciamento ambiental

Antes de adentrarmos ao tema das competências administrativas em matéria ambiental, faz-se necessária breve explanação acerca do poder de polícia administrativa e licenciamento ambiental, como expressões do exercício desta espécie de competência, consoante analisado no Capítulo anterior.

III.1.1 O poder de polícia

A definição de poder de polícia administrativa é trazida pela Lei Federal nº 5.172/1966, o denominado Código Tributário Nacional, em seu artigo 78, *verbis*:

Artigo 78. 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 concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

O conceito de poder de polícia, desta forma, pode ser considerado, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo³⁸, como:

[...] atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção “*non facere*” a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

³⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 844.

Sendo assim, o poder de polícia divide-se em duas fases: *preventiva*, relativa às licenças e autorizações administrativas; e *repressiva*, referente às fiscalizações.

Na primeira modalidade, tem-se que a Administração Pública, depois de realizadas todas as verificações ao Administrado, decide por outorgar ou não o respectivo *alvará* de licença ou autorização. O citado documento é verdadeiro símbolo do consentimento formal da Administração à pretensão do Administrado.

O alvará de *autorização* será expedido a título precário, se “*a Administração o concede por liberalidade, desde que não haja impedimento legal para sua expedição, como é o alvará de porte de arma ou de uso especial de um bem público*”³⁹.

O alvará de *licença*, por seu turno, será “*definitivo e vinculante para a Administração, quando expedido diante de um direito subjetivo do requerente como é a edificação, desde que o proprietário satisfaça todas as exigências das normas edilícias*”.

Na segunda modalidade, a *repressiva*, a Administração Pública utiliza, como “*elemento de coação e intimidação*” as sanções. Sobre os tipos de penalidades, continua o citado autor⁴⁰:

[...] principiam, geralmente, com a multa e se escalonam em penalidades mais graves como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos, a vedação de localização de indústrias ou de comércio em determinadas zonas e tudo o mais que houver de ser impedido em defesa da moral, da saúde e da segurança pública, bem como da segurança nacional, desde que estabelecido em lei ou regulamento.

III.1.2 O licenciamento ambiental

³⁹ LOPES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.*, p.142.

⁴⁰ Idem, p. 143.

O licenciamento é, portanto, expressão do poder de polícia preventivo, o qual, em matéria ambiental, merece especial conceituação. Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do poder público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.⁴¹

O licenciamento ambiental, portanto, não atende apenas ao administrado que requer o aval da Administração Pública para exercer determinada atividade, mas também é uma prestação de serviço público aos administrados que possuem o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴².

Sobre o tema, não é demais trazer o ensinamento de Daniel Roberto Fink⁴³:

Sob o enfoque do direito administrativo, a natureza jurídica do licenciamento ambiental é de um *procedimento administrativo*, destinado à prestação de *serviço público*, posto à disposição dos interessados no exercício de atividades que dependam desse tipo de licenciamento, bem como dos administrados titulares do *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

O licenciamento ambiental foi previsto pela primeira vez na Lei Federal 6.938/1981, a qual tem por objetivo “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana” (artigo 2º). Desde então este se mostra como um dos mais utilizados instrumentos de gestão do ambiente, sendo através dele que

⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro* p. 308-309.

⁴² Art. 225. 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.

⁴³ FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*, p. 91.

Administração Pública exerce o necessário controle sobre as atividades humanas utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental⁴⁴, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico. Isto é, como prática do poder de polícia administrativa.

Como todo procedimento administrativo, o licenciamento ambiental pode ser enxergado como *“uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”*⁴⁵, qual seja a emissão da licença.

A Lei Complementar nº 140/2011, no inciso I do artigo 2º, conceitua-o como *“o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental;”*.

Édis Milaré, com intuito de facilitar a compreensão de tão importante instrumento, ensina que:

Em linguagem figurada, e numa palavra, o licenciamento seria o todo, resultado de um processo molecularizado de ações; a licença, a parte atomizada, identificadora de cada etapa de que se compõe o primeiro – Licença Prévia (LP), Licença de Instalação (LI) e Licença de Operação (LO)⁴⁶.

O licenciamento ambiental, ao contrário do licenciamento tradicional, marcado pela simplicidade, é ato uno, de caráter complexo, em cujas etapas podem intervir vários agentes dos diversos órgãos do SISNAMA, e que deverá ser precedido de estudos técnicos que subsidiem sua análise, inclusive de EIA/RIMA, sempre que constatada a significância do impacto ambiental⁴⁷.

⁴⁴ Lei 6.938/1981:

Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...]

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; [...]

⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo, cit., p. 491

⁴⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 790.

⁴⁷ CF, artigo 225, § 1º, IV, e Resolução CONAMA 237/1997, artigo 3º, *caput*.

Registre-se que a previsão constante da Lei Federal nº 6.938/1981 sobre o licenciamento ambiental para as atividades e empreendimentos potencialmente poluidores foi alterada ao longo dos anos, sendo, primeiramente, competência unicamente dos Estados-membros, passando a ser de competência supletiva da União e, atualmente, sendo de todas as esferas de governo.

Ressalte-se que a última alteração feita se deu no âmbito da tão esperada Lei Complementar prevista no parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, tombada sob o nº 140/2011, mais detidamente tratada a seguir.

III.2 Competência administrativa comum

O ponto mais controvertido no estudo das competências constitucionais ambientais é, sem dúvida, aquele relativo às competências administrativas comuns. Ainda não há verdadeira unanimidade na doutrina acerca da correta interpretação do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, o que tem causado divergências de ordem prática e teórica que culminaram na problemática trazida pelo presente estudo.

Consoante mencionado em Capítulo anterior, competência administrativa refere-se à capacidade de exercício do poder de polícia, seja ele preventivo (licenças e autorizações), ou repressivo (fiscalização). Competência comum, por sua vez, significa que todos os entes federativos possuem capacidade de atuar sobre aquela matéria. Dessa maneira, o artigo 23 da Constituição Federal, ao informar que a proteção ambiental é competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, quer dizer que qualquer dos entes possui capacidade de atuar diante de situações que tragam consigo impacto concreto ou potencial ao meio ambiente.

O parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional informa, por sua vez, a necessidade de que haja uma cooperação entre os entes, no exercício desta competência comum. Mas o que seria, de fato, esta cooperação?

Alguns juristas trataram especificamente da matéria e possuem opiniões divergentes.

Para Paulo Affonso Leme Machado, a resposta ao questionamento acima passaria pelo entendimento da função das leis complementares no ordenamento jurídico. Assim, entendendo-se que esta espécie normativa não se presta à interpretação constitucional, mas deve integrar o texto da Carta Magna, assevera o jurista:

As leis complementares do parágrafo único do art. 23 da CF não têm por finalidade modificar o caput do próprio artigo, isto é, não podem pretender transformar competências, que são comuns, em competências privativas, únicas e especializadas.

[...]

Com razão, afirma o professor José Afonso da Silva que a “competência comum significa que a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra – até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de serviços à população”⁴⁸.

Toshio Mukai, por sua vez, informa que a interpretação do artigo 23 e o seu parágrafo único da Constituição Federal deve ser realizada em consonância com os demais artigos constitucionais que tratam das competências legislativas de cada ente, nos seguintes termos:

Observa-se que a competência material para exercer o poder de polícia está umbilicalmente ligada à competência legislativa, o que implica em dizer que apesar da competência em matéria de proteção ao meio ambiente e combate à poluição ser comum, isso não significa que a atuação dos entes federativos pode ser indistinta em tal matéria. Ela deve guardar a necessária correspondência com a competência legislativa⁴⁹.

Entendimento diverso possui a Advocacia do Senado Federal, conforme se observa no Parecer da lavra do Advogado do Senado Federal Hugo Souto Kalil, sob aprovação do Advogado – Geral Alberto Caiscais, em resposta ao Ofício nº 3815/R, emitido pela Ministra Rosa Weber, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4757, para o qual caberá ao Congresso Nacional a escolha da melhor maneira de exercício da competência administrativa ambiental comum:

⁴⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 180/181.

⁴⁹ MUKAI, Toshio. Parecer Anexo nº 01.

[...] a competência executiva comum, prevista pelo art. 23 da Constituição da República, tem por premissa que a atuação não será simultânea, mas cooperativa, na forma da escolha do Congresso Nacional por meio de Lei Complementar.

[...]

Essa cooperação, como se vê, tem componentes de autonomia federativa, atribuindo a cada ente suas competências específicas, preservando-se, porém, a harmonia e integração dos entes por meio de Comissões Tripartites.

Ademais, em caso de ausência de órgãos em determinada unidade federativa, o ente superior abrange a sua competência a fim de preservar o bem jurídico constitucional tutelado, em aplicação muito adequada do princípio da subsidiariedade, ou seja, valorizando a autonomia federativa.⁵⁰

Levando-se em conta que o ordenamento jurídico constitui uma unidade indivisível e que deve ser interpretada levando em conta todas as suas nuances, ficamos com a opinião do jurista Toshio Mukai, acima transcrita, a qual abraça a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado:

Excetuando as competências outorgadas pelos arts. 21, 25, 29, 29-A e 30, da Constituição, todas as atribuições de competência da Lei Complementar nº 140/2011, ficarão, em cada caso, sujeitas à livre adesão pelos entes federativos, que não podem ser constrangidos, sem violação constitucional, à abstenção do exercício da competência comum⁵¹.

De igual forma entende Fernanda Dias Menezes de Almeida, a qual, quando da análise do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, assim tratou do tema: “*as leis complementares terão de observar as regras constitucionais de repartição da competência legislativa, pelas quais se há de pautar o exercício das competências materiais comuns*”⁵².

E, continua a citada autora⁵³, o ensinamento de que invariavelmente as leis complementares previstas no dispositivo em questão serão editadas pela União, a fim de estabelecer a harmonia de atuação entre os entes:

⁵⁰ Informações elaboradas pela Advocacia do Senado e destinadas a instruir a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4757, Parecer Anexo (02).

⁵¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 190.

⁵² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Comentários ao artigo 21, caput*. p. 751.

⁵³ Idem, p. 751.

Diga-se mais que, as referidas leis complementares serão postas pela União, para unificar no âmbito nacional, como diz o parágrafo sob análise, o norte da ação conjugada dos titulares das competências em causa.

[...]

E a esse propósito impõe-se registrar que continuará a haver preponderância da União. Sim, porque a execução da maior parte das tarefas comuns pressupõe, leis fruto de competência legislativa concorrente prevista no art. 24, em que cabe à União editar as normas gerais e às demais esferas a legislação suplementar [...]. Isto quando a competência material não tiver de se exercer baseada em lei federal emanada pela União no uso de sua competência legislativa privativa, em que o poder central estabelece normas gerais e específicas. O que permite concluir que a coordenação entre os entes federados, para o exercício das competências materiais comuns, fica sob o comando da legislação federal.

Sendo assim, entendemos que o sentido de cooperação informado pelo parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal será apenas limitado pela capacidade legislativa de cada ente da federação, que não poderá atuar além das balizas constitucionais, ou, nos dizeres de Paulo Affonso Leme Machado⁵⁴:

[...] a tendência do momento presente é evitar-se a confrontação entre as instâncias de governo, colocando-se de lado a invasão de competências para praticar-se uma ação participada de poderes concorrentes, segundo a fórmula de um federalismo coordenado .

O federalismo coordenado, ou também chamado federalismo de equilíbrio, possui como maior característica a repartição de competências de modo a permitir maior participação dos entes federados na produção normativa⁵⁵ e, via reflexa, na distribuição das competências materiais.

Assim, para que a cooperação entre os entes seja ordenada, torna-se imprescindível o uso de instrumentos jurídicos tais como convênios, acordos de cooperação técnica e outros similares.

⁵⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. p. 441.

⁵⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Comentários ao artigo 21, caput p. 112*.

Estes instrumentos, na doutrina de Talden Farias⁵⁶, tendem a facilitar a concretização do direito fundamental ao equilíbrio ecológico, através da unicidade de atuação dos órgãos ambientais:

O convênio ou o acordo de cooperação técnica tende a racionalizar a atuação dos órgãos ambientais, porque evita a duplicidade de ações e permite que um maior número de atividades seja devidamente licenciado e fiscalizado. Com isso, o licenciamento será mais efetivo e o seu objetivo maior, que é a concretização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, estará mais próximo.

Acertadamente, a Lei Complementar nº 140/2011 dispôs, no inciso II do seu artigo 4º⁵⁷, a possibilidade de os entes federativos utilizarem os convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares, de modo a instituírem a cooperação institucional entre eles.

Registre-se que a Resolução nº 237/1997, emitida pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, diploma que tratava da integração dos entes federativos para o licenciamento ambiental, vinculava o exercício da competência licenciatória do Município à celebração de convênio com o Estado⁵⁸. O que, de forma alguma, se assemelha ao quanto previsto na Lei Complementar nº 140/2011.

⁵⁶ FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*, p.121.

⁵⁷ Art. 4º Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional: [...]

II - convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal;

⁵⁸ Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

IV. A LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011 E AS COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS ADMINISTRATIVAS

IV.1 Das Mudanças Trazidas com a Lei Complementar nº 140/2011 para a Matéria de Competência Administrativa na Seara Ambiental

Com o objetivo de criar, nos termos do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, foi publicada, em 08 de dezembro de 2011, a Lei Complementar nº 140/2011.

Dentre as importantes mudanças trazidas pela norma, encontra-se a alteração do texto do artigo 10 da Lei Federal nº 6.938/1981, a denominada Política Nacional de Meio Ambiente, do qual se extraiu a prevalência dos licenciamentos estadual e federal, amparada em uma ordem constitucional que, antes de 1988, ainda não contava com a existência dos Municípios como entes federados. Vejamos as mudanças legais:

Artigo 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento **de 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. (grifo nosso)

Artigo 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental **dependerão de prévio licenciamento ambiental**. (grifo nosso)

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, podemos aferir que, a partir de 1981 passou-se a exigir, em âmbito nacional, o licenciamento de obras e atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, o qual deveria ser realizado pelos

órgãos estaduais de meio ambiente e, a partir de 1989⁵⁹, supletivamente, pelo órgão federal de meio ambiente.

Destaque-se que a primeira norma a respeito do tema foi o Decreto Lei nº 134, de 16.06.1975, emitido pelo Estado do Rio de Janeiro, que instituiu, em seu artigo 8º, a necessidade dos empreendimentos e atividades a serem implantados em seu território terem prévia análise por determinados órgãos estaduais, observe-se:

Art. 8º - As pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as entidades da administração indireta estadual e municipal que vierem a se instalar no território do Estado, cujas atividades industriais, comerciais, agropecuárias, domésticas, públicas, recreativas e outras, possam ser causadoras de poluição, ficam obrigadas a, sob pena de responsabilidade:

I – **submeterem à aprovação da FEEMA, anteriormente à sua construção ou implantação**, os projetos, planos e dados característicos relacionados à poluição ambiental;

II – **prévia autorização da CECA para operação ou funcionamento de suas instalações ou atividades** que, real ou potencialmente se relacionem com a poluição ambiental. (grifo nosso)

Também no Estado de São Paulo o licenciamento ambiental já era previsto desde 1976, através da Lei Estadual nº 997, publicada em 31 de maio daquele ano, ainda vigente. A previsão do prévio licenciamento encontra-se prevista no seu artigo 5º, confira-se:

Artigo 5º- A instalação, a construção ou a ampliação, bem como a operação ou funcionamento das fontes de poluição que forem enumeradas no regulamento desta lei, ficam sujeitas à **prévia autorização do órgão estadual de controle da poluição do meio ambiente, mediante licenças de instalação e de funcionamento**. (grifo nosso)

Pode-se verificar o registro desse histórico na doutrina de Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin⁶⁰, *infra*:

⁵⁹ Artigo 1º, inciso VII, da Lei Federal nº 7.804/1989.

⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. 2ª ed., São Paulo: Imesp, 1999. p. 32.

[...] o licenciamento ambiental é novidade que aparece no Brasil no início da década de 70, tanto mais quando o Estado de São Paulo, em 1976, promulgou sua legislação de controle da poluição (Lei nº 997, de 31.5.76). No plano federal, só passa a ser exigido a partir de 1981, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81).

A partir de então, novas normas foram editadas, tendo especial atenção o Decreto Federal nº 88.351/1983, que deu a primeira regulamentação ao licenciamento ambiental⁶¹, revogado pelo Decreto Federal nº 99.274/1990, atualmente em vigor.

Importante destacar que com o advento da Lei Federal 6.938/1981, foi criado o Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, órgão consultivo e deliberativo, com a especial finalidade, entre outras, de “*deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida*”⁶². Referida competência permite a criação pelo citado órgão de normas infralegais em matéria ambiental.

Nesse contexto, surgiu a Resolução CONAMA 237/1997, que trouxe nova divisão de competências para a concessão de licenças ambientais, a qual inseriu o Município como ente licenciador, deixando a este a incumbência de promover os processos de licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos de impacto local.

A referida Resolução trazia os conceitos de “*impacto ambiental de âmbito nacional ou regional*” e “*impacto ambiental local*” e dividia as competências licenciatórias de acordo com o impacto da atividade e localização do empreendimento.

A doutrina elaborada a partir da Resolução CONAMA 237/1997, amparada pelos casos concretos que se sobressaíam diariamente no país, adotou, além do critério do impacto, o critério da predominância do interesse, de acordo com o qual caberia ao ente cujo interesse fosse predominante no caso o licenciamento ambiental da atividade ou empreendimento.

⁶¹ AHMED, Flávio. Licenciamento Ambiental: instrumento de prevenção de lesão ao meio ambiente. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (Coords.). *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 160.

⁶² Artigo 6º, inciso II, atualmente com redação dada pela Lei Federal 8.028/1990.

Contrariando a doutrina e a normativa regulamentar até então vigente, a Lei Complementar nº 140/2011 adotou o critério múltiplo, baseado não só na amplitude dos impactos, como também na localização, na dominialidade, no porte, no potencial poluidor e na natureza da atividade ou empreendimentos.

No entanto, para o Município, o critério adotado foi especificamente o da dominialidade e da espacialidade, mantendo o conceito de “*impacto local*”, mas agregando a este a necessidade de definição de tipologias pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente.

Importante ressaltar que, para que os entes federativos possam exercer a sua competência licenciatória, esses devem possuir Conselho de Meio Ambiente com caráter deliberativo e participação social, bem como dispor de profissionais legalmente habilitados para exercer suas funções. Tal determinação encontra-se disposta no artigo 20 da Resolução CONAMA nº 237/1997, abaixo:

Art. 20 - Os entes federados, para exercerem suas competências licenciatórias, deverão ter implementados os **Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social** e, ainda, possuir em seus quadros ou a sua disposição **profissionais legalmente habilitados**. (grifo nosso)

Tal requisito encontrou guarida também na Lei Complementar nº 140/2011, ao designar que caso não haja órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no âmbito do ente federativo competente, outro ente desempenhará suas funções, nos termos dos artigos 5º e 15.

Da análise dos citados artigos pode-se também verificar a atecnia utilizada para os conceitos de “atuação supletiva” e “atuação subsidiária”, os quais são trazidos em confronto com entendimento doutrinário dominante nacional.

Em que pese ser cediço que a atuação subsidiária de um ente se dá na ausência do ente competente e que a atividade supletiva dedica-se ao suporte técnico, a Lei Complementar nº 140/2011 utilizou os termos de forma inversa.

Tem-se, como acima referido, no seu artigo 15 as hipóteses para a atuação em caráter supletivo, quando da ausência dos requisitos para o desenvolvimento das suas atividades, abaixo descrito:

Artigo 15. Os entes federativos devem atuar **em caráter supletivo** nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

I - **inexistindo órgão ambiental** capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

II - **inexistindo órgão ambiental** capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e

III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

E, por sua vez, a Lei Complementar nº 140/2011 traz no artigo 16 as formas da ação subsidiária, consoante pode ser aferido da leitura da transcrição abaixo:

Artigo 16. A ação administrativa subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação.

Parágrafo único. A ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar.

Destaque-se que, para que um ente federativo atue subsidiariamente no âmbito da competência de outro, estes devem estar em comum acordo, conforme visto no parágrafo único acima.

Para a execução de tal ação, os entes federativos podem se valer dos instrumentos de cooperação técnica previstos no artigo 4º, *infra*:

Art. 4º Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional:

- I - consórcios públicos, nos termos da legislação em vigor;
- II - convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal;
- III - Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal;
- IV - fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos;
- V - delegação de atribuições de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar;
- VI - delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar.

Com relação a tal cooperação, é preciso destacar que, utilizando-se mais uma vez da doutrina de Talden Farias, quando da utilização de convênios (ou outras formas de instrumento de cooperação):

[...] os entes federativos têm a liberdade para aderir ou não ao convênio administrativo, bem como de sair dele a qualquer momento, ate porque casa um deles possui determinada parcela de competência constitucional originária para fazer licenciamento ambiental.⁶³

⁶³ FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*, p. 122.

V. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011 NO EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS DO MUNICÍPIO

Ultrapassadas as explanações acerca do conceito de competências administrativas em seara ambiental e das mudanças trazidas pela Lei Complementar nº 140/2011 para a matéria, passar-se-á a analisar o conteúdo da lei no que tange à capacidade municipal para o licenciamento ambiental de atividades de impacto local, a fim de averiguar a constitucionalidade da legislação em comento.

V.1 A Divisão de Competências Licenciatórias na Lei Complementar nº 140/2011

O licenciamento em meio ambiente integra o âmbito da competência administrativa ambiental, que é comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (incisos III, VI e VII do artigo 23 da Constituição da República⁶⁴), consoante já explanado.

A Constituição Federal, ao proclamar a autonomia dos diversos entes da Federação (artigos 1º e 18), recepcionou o quanto disposto na Lei Federal nº 6.938/1981, mantendo a partilha de responsabilidades sobre a condução das questões ambientais, tanto no que tange à competência legislativa, quanto no que se refere à competência administrativa, dita implementadora, entre as diversas entidades federativas.

Assim, hoje é inafastável que a expressão genérica “*órgão ambiental competente*”, presente na legislação, refere-se, nos casos aplicáveis, ao IBAMA, aos órgãos

⁶⁴ Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; [...]

VI - **proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;**

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...]

Parágrafo único. **Leis complementares fixarão normas para a 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. (grifo nosso)

estaduais/distrital e aos órgãos municipais, todos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA.

O SISNAMA, instituído pela Lei Federal nº 6.938/1981⁶⁵, tem em sua estrutura um órgão superior (Conselho de Governo), um órgão consultivo e deliberativo (o CONAMA), um órgão central (o Ministério do Meio Ambiente), órgãos executores (o IBAMA e o ICMBIO), órgãos setoriais⁶⁶ (entes integrantes da administração federal direta e indireta e fundações instituídas pelo Poder Público), órgãos seccionais (órgãos ou entidades estaduais) e os órgãos locais (órgãos ou entidades municipais). Os órgãos seccionais e os locais podem reproduzir uma estrutura análoga, com funções consultivas, deliberativas e outras.

Assim, na tutela administrativa do meio ambiente atuarão, no seu âmbito, os órgãos com poder de polícia administrativa ambiental, notadamente o IBAMA e os órgãos seccionais e locais, investidos de autoridade para praticar os atos tutelares necessários à gestão do meio ambiente.

Destaque-se que nem sempre o entendimento dominante foi o da unicidade de licenciamento, vigorando, por muito tempo, a ideia de que o critério para a identificação do órgão habilitado para o licenciamento fosse cumulativo – *“determinado pelo alcance dos possíveis impactos ambientais entrevistados nas etapas de planejamento, instalação e operação de certo empreendimento ou atividade”*⁶⁷ –, podendo, então, ser exigido, simultaneamente, pelos três níveis de governo.

Pode-se verificar tal entendimento através da decisão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

Administrativo e ambiental. Ação civil pública. Desassoreamento do rio Itajaí-Açu. Competência do IBAMA. Interesse nacional. 1.

⁶⁵ Vide artigo 6º da referida lei.

⁶⁶ O Decreto 99.274/1990, que regulamentou a Lei 6.938/1981, incluiu, no inciso V de seu artigo 3º, os *órgãos setoriais* originalmente mencionados no *caput* do artigo 6º da referida Lei, passando a chamá-los de *órgãos seccionais*.

⁶⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 805.

Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode haver duplicidade de licenciamento [...] 3. Não merece relevância a discussão sobre ser o rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas [...].⁶⁸ (grifo nosso)

Apesar de referido entendimento trazer, à primeira vista, a ampla proteção ao meio ambiente, não eram raras as vezes que brotavam conflitos e superposição de atuação levando a onerar, retardar, dificultar e mesmo inviabilizar a efetividade da proteção ao meio ambiente e à qualidade de vida⁶⁹.

Nesse contexto caótico, adveio a Lei Complementar nº 140/2011, com fulcro no parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, com a finalidade de fixar normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do ambiente.

Para tanto, foi adotada como regra de definição do órgão licenciador, um critério misto, entre a amplitude dos impactos, a localização, a dominialidade, o porte, o potencial poluidor e a natureza da atividade ou empreendimento, conferindo o licenciamento a um único nível de competência⁷⁰.

Concordando com a doutrina de Édís Milaré⁷¹, tem-se que a regra básica para a definição da competência é a o critério espacial, derivado da amplitude dos impactos, onde toda matéria local atrai a competência licenciatória do Município (alínea ‘a’ do inciso XIV do artigo 9º da Lei Complementar nº 140/2011); a microrregional fica com o Estado (inciso XIV do artigo 8º da Lei Complementar nº 140/2011 c/c § 1º do artigo 25 da Constituição Federal); e, a supra estadual necessita da interferência da União (alínea ‘e’ do inciso XIV do artigo 7º da Lei Complementar nº 140/2011),

⁶⁸ STJ, REsp 588.022/SC, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, j. 17.02.2004 DJ 05.04.2004.

⁶⁹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Critérios de definição de competência em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. Em Alexandre Lima Raslan (Org.). *Direito ambiental*. Campo Grande/MS: Ed. UFMS, 2010, p. 222.

⁷⁰ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*, p. 806..

⁷¹ Idem.

considerando-se ainda a regra da dominialidade, nos casos de empreendimento ou atividade localizado ou desenvolvido em Unidades de Conservação, com exceção das APAs⁷².

Assim, a Lei Complementar nº 140/2011 dividiu o rol de competências administrativas ambientais entre os entes da federação através de seus artigos 7º a 10 e, no que tange à capacidade licenciatória – objeto do presente – restou determinado na forma que segue.

A competência da União restou expressa no artigo 7º, *infra*:

Artigo 7º São ações administrativas da **União**:

[...]

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida à União;

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;

d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;

f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações,

⁷² Art. 12. Para fins de licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, e para autorização de supressão e manejo de vegetação, o critério do ente federativo instituidor da unidade de conservação não será aplicado às Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

Parágrafo único. A definição do ente federativo responsável pelo licenciamento e autorização a que se refere o caput, no caso das APAs, seguirá os critérios previstos nas alíneas “a”, “b”, “e”, “f” e “h” do inciso XIV do art. 7º, no inciso XIV do art. 8º e na alínea “a” do inciso XIV do art. 9º.

mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen);
ou

h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

[...]

Parágrafo único. O licenciamento dos empreendimentos cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira será de atribuição da União exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

Observa-se, portanto, que a competência da União estabelecida nas alíneas ‘a’ e ‘b’ está relacionada à sua competência de “*manter relações com Estados estrangeiros*”⁷³; a alínea ‘c’ decorre da competência da Justiça Federal em julgar a “*disputa sobre direitos indígenas*”⁷⁴ e do Ministério Público Federal para “*defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas*”⁷⁵; a alínea ‘d’ seguiu o “*critério da titularidade do bem*”⁷⁶, com exceção da APA; a alínea ‘e’ é determinada pelo critério da “*localização física do empreendimento, quanto pelo da extensão geográfica do impacto ambiental direto previsível*”⁷⁷; a alínea ‘f’ decorre da competência da União às questões de segurança⁷⁸; e, a alínea ‘g’ está vinculada à “*natureza da atividade*”⁷⁹, pela sua competência em lidar com minérios nucleares e seus derivados⁸⁰.

Com maior atenção, a alínea ‘h’ e o parágrafo único do dispositivo em referência inovou ao designar como atribuição da Comissão Tripartite Nacional – verdadeiro instrumento de cooperação entre os entes federados, criado pela Portaria do

⁷³ Artigo 21, inciso I, da Constituição Federal

⁷⁴ Artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal

⁷⁵ Artigo 129, inciso V, da Constituição Federal

⁷⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 812

⁷⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 812

⁷⁸ Artigo 21, inciso XXIII, da Constituição Federal

⁷⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 812

⁸⁰ Artigo 21, inciso XXIII, da Constituição Federal

Ministério do Meio Ambiente – MMA 204/201⁸¹ –, a criação de novos critérios para indicar a competência da União, considerando o porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

A competência do Estado, por sua vez, foi disposta no artigo 8º, abaixo transcrito:

Artigo 8º São ações administrativas dos **Estados**:

[...]

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados;

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

[...]

Verifica-se que essa disposição obedece ao critério da *dominialidade*, quando se tratar de atividade ou empreendimento localizado ou desenvolvido em Unidade de Conservação e se reserva à competência residual, conforme também designado no §1º do artigo 25 da Constituição Federal⁸². Nas palavras de Édis Milaré⁸³:

Aos órgãos ambientais dos Estados, por força da competência residual que lhes foi conferida pela Constituição Federal (art. 25, §1.º) e agora regulada pela LC 140/2011 (art. 8.º, XIV), está afeto, fundamentalmente, o licenciamento dos empreendimentos e atividades com impacto *microrregional* (aquele que ultrapassa os limites territoriais de um ou mais Municípios) e em todas as situações não reservadas expressamente à União e aos Municípios [...].

⁸¹ Art. 2º A Comissão será formada por três representantes titulares e respectivos suplentes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, e, quando de proposição de tipologia, por um representante do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA.

⁸² Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

⁸³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 815.

Por fim, a competência do Município, tratado com maior atenção neste trabalho, encontra-se no artigo 9º. Confira-se:

Artigo 9º São ações administrativas dos **Municípios**:

[...]

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município;

[...]

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou

b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Como se pode perceber, a competência do Município encontra-se restrita às atividades e empreendimentos localizados em Unidades de Conservação municipais, sob o critério da *dominialidade*, ou enquadrados no critério de “*impacto local*”, critério este a ser definido pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente.

V.2 Competência licenciatória ambiental municipal nos termos da Lei Complementar nº 140/2011: a necessária obediência a padrões estaduais

Para o nível municipal, como visto, o critério de distinção de competência é aquele estatuído no artigo 9º da Lei Complementar nº 140/2011.

Consoante se observa da leitura do dispositivo legal acima indicado, para a concreta realização de sua competência constitucional, nos termos da Lei Complementar nº 140/2011 – afora a utilização do critério da dominialidade –, o Município deve obedecer à tipologia definida por órgão do Poder Executivo Estadual, qual seja, o Conselho Estadual de Meio Ambiente.

Ocorre que, conforme visto em Capítulos anteriores, a regra constitucional da competência comum em matéria administrativa ambiental apenas poderá ser

restringida pelas limitações – igualmente constitucionais – relativas às competências legislativas exclusivas e privativas de cada ente federativo.

Conclui nesse sentido Paulo Affonso Leme Machado, ao tratar sobre a constrição de competência trazida pela Lei Complementar, abaixo disposto:

Excetuando as competências outorgadas pelos arts. 21, 25, 29, 29-A e 30, da Constituição, todas as atribuições de competência da Lei Complementar 140/2011, ficarão, em cada caso, sujeitas à livre adesão pelos entes federativos, que não podem ser constrangidos, sem violação constitucional, à abstenção da competência comum.⁸⁴

Desta maneira, a segunda parte da alínea ‘a’ do inciso XIV do artigo 9º, por sujeitar o licenciamento municipal à observância de tipologia a ser definida pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, mostra-se contestável, na medida em que representa ululante invasão de competência do Estado no âmbito de atuação do Município, ferindo, destarte, o artigo 2º; o *caput* do artigo 18; o inciso VI do artigo 23; e o parágrafo único do artigo 170, todos da Constituição Federal.

Enveredado nesse entendimento, afirma Édis Milaré:

A restrição constante da norma insculpida no art. 9.º, XIV, *a*, sujeitando o licenciamento municipal à observância de tipologia a ser definida pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, com autoridade, portanto, para definir o conceito de impacto local, por representar indisfarçável invasão de competência do Estado no Município, é absolutamente inconstitucional, por ranhura aos arts. 2.º, 18, *caput*, 23, VI e 170, parágrafo único, da CF/1988. Ademais, remarque-se, à exaustão, que a competência municipal para o zelo do ambiente decorre também da competência exclusiva do Município para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF/1988).⁸⁵

Também se manifestou sobre a questão, Talden Farias, deixando clara a impropriedade cometida pela referida Lei Complementar, “*a citada lei complementar desrespeitou o pacto federativo e resvalou em inconstitucionalidade ao colocar em*

⁸⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 190.

⁸⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*, p. 816.

*xeque a autonomia administrativa dos Municípios, pelo menos no que diz respeito ao meio ambiente”*⁸⁶.

O entendimento de que a limitação das garantias constitucionais não pode ser feita por leis infraconstitucionais encontra respaldo também no direito comparado.

Na Constituição da Argentina, o seu artigo 28 dispõe que os princípios, garantias e direitos garantidos ao longo da constituição não podem sofrer modificações por leis que os regulamentem. Confira-se:

Artigo 28 - Os princípios, garantias e direitos reconhecidos nos artigos precedentes, não poderão ser modificados pelas leis que regulamentem seu exercício.⁸⁷

No mesmo sentido, a Constituição da Guatemala, em seu artigo 44, expressamente dispõe que as leis que diminuam, restrinjam ou deformem os direitos garantidos constitucionalmente são plenamente nulas, conforme se verifica abaixo:

Artigo 44 - Serão nulas de pleno direito as leis, as disposições governamentais e outras medidas que diminuam, restrinjam ou deformem os direitos que a Constituição garante⁸⁸.

Entende da mesma forma, Toshio Mukai, o qual sustenta que:

Nenhuma norma federal ou estadual pode obrigar o Município a fazer alguma coisa, porque não pode haver, como já dissemos várias vezes, hierarquia administrativa (como previa o SISNAMA, em boa hora abandonado por esta Lei) entre os entes federativos, eis que isto viola o regime federativo previsto no artigo 18 da CF, que coloca os entes em pé de igualdade pela autonomia que aquela disposição concede a cada um deles⁸⁹.

Citado autor, ademais, em Parecer acerca da – à época – minuta da Resolução do Conselho Estadual de Meio Ambiente da Bahia, datado de 17.05.2013 e encaminhado

⁸⁶ FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*, p. 117.

⁸⁷ Constituição Argentina, artigo 28.

⁸⁸ Constituição Guatemala, artigo 44.

⁸⁹ Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 10, n.60 nov. / dez. <http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/category/fdua/>

ao Diretor de Assuntos Ambientais da ADEMI – Associação dos Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário da Bahia, Dr. André Luiz Duarte Teixeira, assevera:

Conclui-se, portanto, que o Município seja por ter competência exclusiva para legislar em matéria local, seja por ter reconhecidamente competência em matéria ambiental, e por fim por ter a sua competência para tratar de empreendimentos localizados dentro do seu espaço territorial devidamente reconhecido pela Lei Complementar n. 140/2011, detém total capacidade para exercer o poder de polícia em matéria ambiental tanto na fase preventiva (licenciamento, autorizações, etc) quanto na fase repressiva, isso quando se tratar de assunto de interesse local e devidamente localizado dentro de seu espaço territorial.

Utilizando-se da obra de Sylvio Toshiro Mukai⁹⁰, pode-se perceber exatamente o mesmo entendimento:

Volta-se a frisar, a competência municipal em matéria ambiental decorre também da competência exclusiva do referido ente para legislar sobre matérias de interesse local.

Ora, se o Município detém a competência exclusiva para tratar de matérias de interesse local, como se pode entender possível que outro ente federativo defina o que, em se tratando de matéria ambiental, é exclusivamente de interesse local?

Definição esta que não decorre em momento algum do Texto Constitucional, ou de diploma legal federal apto a fazer tal definição por força de disposição constitucional.

Compreende-se, assim, como incabível que o ato que efetuou a suposta delegação possa efetivamente definir em seu bojo os campos de atuação da competência dos Municípios para efetuar licença ambiental.

Noutro giro, merece o devido destaque o fato de ter sido direcionado o estabelecimento de tipologia para se definir a competência municipal ao Poder Executivo Estadual, como bem notado por Talden Farias: *“ressalte-se que no caso em questão a situação é mais grave, porque não caberá ao parlamento estadual e*

⁹⁰ Licenças ambientais municipais. Incabível delegação de competência pelos Estados. Em Fernando F. Rossi et al. (coord.). *Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 335.

*sim a um órgão integrante do Poder Executivo Estadual deliberar acerca dessa modalidade de competência”*⁹¹.

Na doutrina de Paulo Affonso Leme Machado, tal designação – tal como aquela prevista na alínea ‘h’ do inciso XIV do artigo 7º – viola o quanto disposto no parágrafo único do artigo 170⁹² da Constituição Federal. Confira-se:

O estabelecimento da tipologia pelo Poder Executivo para o licenciamento ambiental (art. 7º, XIV, “h”), e a tipologia definida pelos Conselhos Estaduais do Meio Ambiente (art. 9º, XIV, “a”) violam o art. 170, parágrafo único da Constituição, que diz: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”⁹³.

A questão da constitucionalidade da letra da alínea ‘a’ do inciso XIV do artigo 9º da Lei Complementar nº 40/2011 mostra-se, destarte, controvertida, exigindo, portanto, análise mais acurada.

V.3 A (in) constitucionalidade da alínea ‘a’ do artigo 9º da Lei Complementar nº 140/2011

A constitucionalidade de determinado dispositivo legal deve ser aferida confrontando-se o seu conteúdo ou forma com as determinações materiais ou formais descritas na Constituição Federal. Havendo contradições entre ambos, afirma-se que há inconstitucionalidade, devendo tal dispositivo ser desconsiderado no ordenamento jurídico pátrio.

No caso sob estudo, observamos que, ao determinar a obediência dos Municípios a padrões estipulados por órgão da administração estadual, a Lei Complementar nº 140/2011 cria verdadeira hierarquia entre os entes da federação, ferindo, destarte, frontalmente o artigo 18 e o inciso III do artigo 19 da Constituição Federal.

⁹¹ FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*, p. 117.

⁹² Art 7º *Omissis*

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 187.

Ademais, ao tentar impedir a atuação do Município, que é livre quando diante de matéria de interesse local, a referida norma vai de encontro ao quanto determina o artigo 30 e até o próprio artigo 23 da Constituição Federal, o qual deveria regulamentar.

Com efeito, ao tentar impor os limites precisos de atuação de cada ente da federação, sem levar em conta as competências legislativas, e indo muito além delas, a alínea ‘a’ do inciso XIV do artigo 9º da Lei Complementar nº 140/2011 pretende tornar privativas competências que são constitucionalmente consideradas comuns, prestando, destarte, um desserviço à ampla proteção ambiental do artigo 225 da Constituição Federal.

Sobre o tema há Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, tombada sob o nº 4757, ajuizada pela ASIBAMA NACIONAL (Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente e PECMA), no intuito de declarar a inconstitucionalidade integral da LC nº 140/2011, por arrastamento, tendo em vista o entendimento que os artigos 4º, V e VI; 7º, XIV, “h” e parágrafo único; 17, *caput* e §§ 2º e 3º; 7º, XIII e XIV; 8º, XIII e XIV; 9º XIII e XIV; 14, §§ 3º e 4º; 15; 20; 21 da Lei Complementar nº 140/2011 são inconstitucionais.

Apesar de dita Ação não tratar especificamente sobre a inconstitucionalidade abordada no presente trabalho, destaca-se, da sua petição inicial, o seguinte argumento:

Ao dizer “impondo-se ao Poder Público”, o art. 335 da Constituição obrigou TODOS os entes federativos de fazerem (sic) a proteção ambiental e NÃO estabeleceu hierarquias, restrições ou vedações entre eles.

Além de esvaziar as atribuições da União, a LC n. 140/2011 não discorreu sobre como as competências comuns dos incisos III, VI e VII do artigo 23 seriam exercidas. **Diversamente, a LC 140/2011 ignorou o federalismo cooperativo e dividiu atribuições de forma privativa em flagrante agressão ao princípio da cooperação e do significado da palavra comum prevista na cabeça do art. 23 constitucional.**

[...]

A LC n. 140/2011 transformou competências comuns em competências privativas, subvertendo o norte valorativo e a vigia mestra do comando constitucional de que deve haver cooperação e a ação conjunta de todos os entes federativos para alcançar as finalidades ambientais ali elencadas⁹⁴. (grifo nosso)

A questão da divisão de competências comuns também já foi objeto de julgados pretéritos, que corroboraram a impossibilidade de transformação de competências constitucionais por regramentos legais.

Veja-se, nesse sentido, o julgamento da ADIN nº 2544, que questionou a Lei Estadual nº 11.380/1999, do Rio Grande do Sul, em face do inciso III do artigo 23 da Constituição Federal⁹⁵, eis que citada norma incumbiu como responsabilidade de seus Municípios a proteção e guarda dos sítios arqueológicos e seus acervos, responsabilidade esta determinada pelo citado dispositivo constitucional como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Observe-se o que determinou o Supremo Tribunal Federal:

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**. 1. L. est. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. 2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, **a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação** (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, **não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor**

⁹⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, tombada sob o nº 4757, Anexo nº 03.

⁹⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.⁹⁶

A determinação constitucional de que a competência administrativa ambiental é comum não permite, portanto, que a legislação complementar entenda de maneira diversa, querendo fazer incluir óbice ao Município para a sua concretização, mediante obrigação de obediência a padrões estipulados pelos Conselhos Estaduais.

Ainda sobre o tema da Lei Complementar nº 140/2011, aduz Toshio Mukai:

Como já dissemos em outra oportunidade, esta norma é absolutamente inconstitucional, pois o Município não pode obedecer tipologia ditada por um órgão estadual (sob pena de invasão de competência do Estado no Município, como, aliás, anteriormente apontado); ou talvez tenha havido equívoco do legislador: onde está Conselhos Estaduais, ele quis dizer Conselhos Municipais.

[...]

É de uma lógica palmar que se um Conselho do Meio Ambiente deva fixar tipologias (que é um assunto mais do que específico local, no caso) para os licenciamentos ambientais municipais, esse Conselho só poderia ser o municipal, pois, como é sabido, pelo princípio da legalidade, cabe à lei formal municipal fixar regras, restrições de polícia administrativa, padrões, procedimentos, etc, sobre os licenciamentos ambientais municipais.⁹⁷

Destarte, nada impede que o Município, dotado que é de autonomia política, possa exercer, sem amarras, atos próprios do licenciamento de atividades ou empreendimentos irradiadores de efeitos meramente locais, com base na competência que lhe deu o inciso VI do artigo 23, da Constituição Federal, que é comum com os demais entes.

Ainda sobre o tema, leciona Sylvio Toshiro Mukai:

Entende-se, portanto, que a competência municipal em matéria ambiental decorre de disposição constitucional, sendo que outro ente federativo arvorar-se como detentor de tal competência, e buscar

⁹⁶ STF - ADI: 2544 RS, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 28/06/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 17-11-2006 PP-00047 EMENT VOL-02256-01 PP-00112 LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 73-86.

⁹⁷ MUKAI, Toshio. Anexo nº 01

‘transferir’ essa competência por algum ato, é uma clara violação ao princípio federativo⁹⁸.

Nesse ponto, repise-se que, para exercer sua atribuição licenciatória, o ente federativo deve dispor de órgão ambiental capacitado ou ter implantado o seu Conselho de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social, e, ainda, possuir em seus quadros ou à sua disposição profissionais legalmente habilitados e em número compatível com a demanda das ações de gestão ambiental.

Para tanto, espera-se que cada Município, pela ação legítima do Poder Público local, se preocupe em instituir o seu Sistema Municipal do Meio Ambiente, com adequada estrutura organizacional, capaz de tornar realidade suas ações gerenciais, as relações institucionais e a interação com a comunidade nessa matéria⁹⁹. Tudo o que interessa ao desenvolvimento com qualidade ambiental deverá necessariamente ser levado em conta.

⁹⁸ MUKAI, Sylvio Toshiro. *Licenças ambientais municipais: incabível delegação de competência pelos Estados*. p. 336.

⁹⁹ MILARÉ, Édis. *Município e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil*. p. 38.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Federal brasileiro está fundado na existência de quatro esferas governamentais que se manifestam sobre a mesma população e sobre o mesmo território, todas de forma autônoma e independente: a esfera da União, a de cada Estado ou do Distrito Federal e a de cada Município.

Para alcançar o equilíbrio federativo, a Constituição se vale de um complexo e intrincado sistema de repartição de competências, no qual a cada entidade federativa é destinada uma parcela de poder.

Nosso sistema constitucional classificou as competências, quanto à sua *extensão*, dividindo-as didaticamente em *exclusiva*, *privativa*, *comum* e *concorrente*.

Especificamente sobre a repartição de competência em matéria ambiental, é certo que o critério estabelecido, tanto para aquelas de natureza material (executiva e administrativa), como legislativa, é o da *predominância do interesse*, segundo o qual, caberão à União aquelas matérias e questões de predominante interesse geral (leia-se, nacional), enquanto que aos Estados tocarão matérias e assuntos de interesse predominantemente regional e aos Municípios se reserva as matérias e assuntos de interesse local.

A Constituição atualmente em vigor, diferentemente das anteriores, adotou os Municípios como entidades autônomas, elevando-os à condição de partícipes da Federação, concedendo-lhes, no que tange à matéria ambiental, competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

A competência administrativa se reflete na capacidade de exercício do poder de polícia, o qual se divide em duas fases: *preventiva*, relativa às licenças e autorizações administrativas; e *repressiva*, referente às fiscalizações. Na primeira modalidade, tem-se que a Administração Pública, depois de realizadas todas as verificações ao Administrado, decide por outorgar ou não o respectivo *alvará* de licença ou

autorização. Na segunda modalidade, a *repressiva*, a Administração Pública utiliza, como “*elemento de coação e intimidação*” as sanções.

O licenciamento é expressão do poder de polícia preventivo, o qual, em matéria ambiental, merece especial conceituação, trazida pela Lei Complementar nº 140/2011, no inciso I do artigo 2º como “*o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental;*”.

O licenciamento ambiental – ao contrário do licenciamento tradicional, marcado pela simplicidade – é ato uno, de caráter complexo, em cujas etapas podem intervir vários agentes dos diversos órgãos do SISNAMA, e que deverá ser precedido de estudos técnicos que subsidiem sua análise, inclusive de EIA/RIMA, sempre que constatada a significância do impacto ambiental.

O ponto mais controvertido no estudo das competências constitucionais ambientais é, sem dúvida, aquele relativo às competências administrativas comuns. Competência administrativa refere-se à capacidade de exercício do poder de polícia, seja ele preventivo (licenças e autorizações), ou repressivo (fiscalização). Competência comum, por sua vez, significa que todos os entes federativos possuem capacidade de atuar sobre aquela matéria. Dessa maneira, o artigo 23 da Constituição Federal, ao informar que a proteção ambiental é competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, quer dizer que qualquer dos entes possui capacidade de atuar diante de situações que tragam consigo impacto concreto ou potencial ao meio ambiente.

O sentido de cooperação informado pelo parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, portanto, poderá ser entendido como apenas limitado pela capacidade legislativa de cada ente da federação, que não poderá atuar além das balizas constitucionais.

Com o objetivo criar, nos termos do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, foi publicada, em 08 de dezembro de 2011, a Lei Complementar nº 140.

No que tange à divisão de competências para o exercício do licenciamento ambiental, a Lei Complementar nº 140/2011 trouxe de volta os critérios utilizados pela Resolução CONAMA 237/1997, bem como aqueles insertos na Política Nacional de Meio Ambiente, além de incorporar novas diretrizes para a atuação dos entes federativos no licenciamento ambiental.

Para o Município, o critério adotado foi especificamente o da dominialidade e da espacialidade, mantendo o conceito de “*impacto local*”, mas agregando a este a necessidade de definição de tipologias pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente.

A restrição constante da norma insculpida na alínea ‘a’ do inciso XIV do artigo 9º, sujeitando o licenciamento municipal à observância de tipologia a ser definida pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, mostra-se contestável, na medida em que representa indisfarçável invasão de competência do Estado no Município, ferindo, destarte, o artigo 2º, o *caput* do artigo 18, o inciso VI do artigo 23 e o parágrafo único do artigo 170, todos da Constituição Federal.

A constitucionalidade de determinado dispositivo legal deve ser auferida confrontando-se o seu conteúdo ou forma com as determinações materiais ou formais descritas na Constituição Federal. Havendo contradições entre ambos, afirma-se que há inconstitucionalidade, devendo tal dispositivo ser desconsiderado no ordenamento jurídico pátrio.

Ao determinar a obediência dos Municípios a padrões estipulados por órgão da administração estadual, a Lei Complementar nº 140/2011 cria verdadeira hierarquia entre os entes da federação, ferindo, destarte, frontalmente o artigo 18 e o inciso III do artigo 19 da Constituição Federal. Ademais, ao tentar impedir a atuação do Município, que é livre quando diante de matéria de interesse local, a referida norma vai de encontro ao quanto determina o artigo 30 e até o próprio artigo 23 da Constituição Federal, o qual deveria regulamentar.

Ao vincular a competência municipal de licenciar, a órgão estadual, a Lei Complementar nº 140/2011 presta um desserviço à ampla proteção ambiental do artigo 225 da Constituição Federal.

Para exercer sua atribuição licenciatória, os entes federativos devem dispor de órgão ambiental capacitado ou ter implantado o seu Conselho de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social, e, ainda, possuir em seus quadros ou à sua disposição profissionais legalmente habilitados e em número compatível com a demanda das ações de gestão ambiental.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Elementos de direito ambiental: Parte geral**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005

ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. **Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e da ilegalidade**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 13, p. 105-115, jan./mar. 1999.

AHMED, Flávio. Licenciamento Ambiental: instrumento de prevenção de lesão ao meio ambiente. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (Coords.). **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao artigo 21, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SCARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Manual de Direito Ambiental**.- Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

_____. **Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **Direito Comunitário do Ambiente – cadernos CEDOUA**. Coimbra: Almedina, 2002.

ÁVILA, Rafael Doñate; MALHEIROS, Tadeu Fabrício. **O Sistema Municipal de Meio Ambiente no Brasil: avanços e desafios**. Saúde Soc. São Paulo, v.2.1, supl.3, p.33-47, 2012.

_____. **O Princípio do Poluidor Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente**. 2. ed., São Paulo: Imesp, 1999.

CAVALCANTI, Isabella Silva Oliveira. **Competência para licenciamento ambiental federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43796&seo=1>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SCARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J.J.G.; et ai. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIAS, Talden. **A Repartição de Competências para o Licenciamento Ambiental e a Atuação dos Municípios**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 43, p. 246-266, jul./set. 2006.

_____. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos** / Talden Farias: prefácio de Paulo Affonso Leme Machado. – 4ª edição – Belo Horizonte: fórum, 2013,

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discriminação Constitucional das Competências Ambientais. Aspectos Pontuais do Regime Jurídico das Licenças Ambientais**. Revista de Direito Ambiental | vol. 35 | p. 39 | Jul / 2004 Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 1 | p. 1281 | Mar / 2011 DTR\2004\371.

FINK, D.R.; et ai. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental* / Daniel Roberto Fink, Hamilton Alonso Jr., Marcelo Dawalibi; capítulo I com a colaboração de André Camargo Horta de Macedo. – 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Reflexões sobre os vinte anos da Constituição Federal** / Jaceguara Dantas da Silva Passos, Sandro Rogério Mosteiro de oliveira, organizadores. – Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2008FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal. **Breves Anotações à Constituição de 1988/CEPAM**. – São Paulo: Atlas, 1990.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO, Leonardo. **Competências constitucionais em matéria ambiental**. In: Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 1, p. 1261, Mar / 2011, DTR\1993\85.

GRECO, Marco Aurélio. **Da incompetência dos estados e municípios para dispor sobre exigências a serem atendidas pelos estabelecimentos bancários em relação a itens de segurança**. In: Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, vol. 7, p. 201, Dez / 2010, DTR\2002\779

LOPES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito Municipal brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Legislação Florestal (Lei 12.651/2012) e Competência e Licenciamento Ambiental (Lei Complementar 140/2011)**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22 ed, revista, ampliada e atualizada. Malheiros Editores: São Paulo, 2014.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 1224.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1647.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente** / Édis Milaré. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

_____. **Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil** / Arlindo Philippi Jr.... [et al.] (editores). São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 5 ed – São Paulo: Atlas, 2005.

MUKAI, Toshio. A Competência Comum na Constituição de 1988 (artigo 23 e parágrafo único): distorções de interpretações. Em Fernando F. Rossi *et al.* (Coord.). **Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MUKAI, Sylvio Toshiro. Licenças ambientais municipais: incabível delegação de competência pelos Estados. In: ROSSI, Fernando F. *et. al.* (Coord.). **Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 336.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional** / coordenadores Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROSSI, Fernando F. ... [et al.]. **Aspectos Controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 3ª edição, 2000.

TRENNEPOHL, Curt. **Licenciamento Ambiental** / Curt Trennepohl, Terence Trennepohl, 2. ed., Niterói: Impetus, 2008

ANEXOS

ANEXO 01 - PARECER DE TOSHIO MUKAI

PARECER

A Consulta

O ilustre advogado e Diretor de Assuntos Ambientais da ADEMI - Associação dos Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário da Bahia, Dr. André Luiz Duarte Teixeira, nos relata o seguinte:

"Segue em anexo, minuta de Resolução que o Conselho Estadual de Meio Ambiente do Estado da Bahia - CEPRAM, está pretendendo aprovar na sua próxima reunião, que se dará no final deste mês de maio/2013.

A ADEMI entende que as disposições contidas na referida minuta contraria dispositivos da Lei Complementar nº 140/2011, retirando a competência do Município para conceder licenciamento ambiental em muitos casos.

Desta forma, consultamos V. Sa. para que se manifeste sobre os dispositivos da referida minuta, ou seja, se elas afrontam ou não a legislação em vigor, especialmente a Lei Complementar nº 140/2011".

PARECER

Diante do caso concreto que nos foi apresentado, faremos uma abordagem inicial de ordem geral sobre as competências constitucionais dos Entes Federativos em matéria ambiental, que perpassará a questão fundamental do exercício do poder de polícia em matéria ambiental e a restituição pelo direito positivo da plena competência ambiental do Município, operada pela Lei Complementar nº 140/2011.

Em seguida, faremos uma análise jurídica específica sobre as disposições da minuta de Resolução que nos foi apresentada, indicando suas inconstitucionalidades e ilegalidades, concluindo a final, pela sua fragilidade jurídica, com sugestões para sua retirada do mundo jurídico, se vier a ser aprovada.

Passemos, pois, às duas fases do parecer:

I - Competência exclusiva e competência comum.

Inicialmente cumpre-nos diferenciar o que seja competência exclusiva e o que seja competência comum, posto que, ao normatizar determinados assuntos por meio de Resolução o Conselho Estadual de Meio Ambiente do Estado da Bahia - CEPRAM, por óbvio, adentrou em questões relativas a sua competência legal para editar a referida norma, o que implica em uma análise se tal competência guarda algum fundamento no ordenamento jurídico pátrio.

TOSHIO MUKAI
Doutor em Direito: USP
(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

Quanto à competência, o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles¹ nos lecionou: *“Competência. Para a 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.”*.

E mais²:

“Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções.

A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido.

Daí a oportuna advertência de Caio Tácito, de que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito.”.

É importante ressaltar que a Constituição Federal estabelece no inciso I do seu artigo 30 a competência municipal exclusiva para legislar sobre matéria de interesse local, o que implica que apenas o Município tem competência legislativa para tratar de assuntos afetos aos interesses locais.

A questão sobre o que são assuntos de interesse local é bem explicado por José Afonso da Silva³, como se observa:

¹ Direito Administrativo Brasileiro, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 137

² O abuso de Poder Administrativo no Brasil, Rio de Janeiro, 1959, p. 27 *In Ob. cit.* p. 147

*"Os assuntos da Administração Municipal, seja na vertente institucional, seja na vertente funcional, são certamente de interesse local, pois é inequívoco que cabe exclusivamente ao Município definir os órgãos de sua Administração assim como os direitos e deveres do pessoal de sua Administração - respeitados, neste caso, os princípios constitucionais sobre os servidores públicos. **Também é assunto local legislar sobre plano diretor, sobre zoneamento urbano, sobre matéria urbanística** etc." (grifamos)*

De outro lado, estabelece, ainda, a Constituição Federal no inciso VI do seu artigo 23, a competência comum dos entes federativos para proteger o meio ambiente e combater a poluição em toda e qualquer forma.

A competência aqui descrita é de ordem material relativa à prestação de serviços que devem ser executados pelos entes federativos sem excluir a competência dos outros entes.

O fato da competência não ser exclusiva não implica, entretanto, em exercício simultâneo da prestação de serviços ou das atividades por todos os entes federativos, posto que se assim o fosse estaria transformando em letra morta as competências exclusivas em matéria legislativa.

Isso é particularmente incidente quando se pensa em questões de proteção ao meio ambiente e combate a poluição, pois, no mais das vezes, a atuação do Poder Público para efetuar tal proteção e para inibir a

³ Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 309.

poluição se dará pelo exercício do poder de fiscalização do Estado, ou como é mais comumente conhecido, do exercício do poder de polícia.

Ocorre que, o exercício de tal poder pelo Estado se dá normalmente pela imposição ao particular de uma obrigação de não fazer, ou seja, impõe o Poder Público ao cidadão uma restrição a uma determinada atividade cuja realização era pretendida pelo particular.

Ora, a Constituição Federal no inciso II de seu artigo 5º dispõe que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Essa disposição constitucional implica que para o pleno exercício do poder de polícia é necessário que o ente federativo possa efetivamente legislar sobre a matéria específica em que pretende vedar um determinado comportamento para evitar um dano ao conjunto da sociedade.

Ressalte-se o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ sobre o tema:

"21. Dado que o poder de polícia administrativa tem em mira cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar que uma consequência anti-social que dela poderia derivar, o condicionamento que impõe requer freqüentemente a prévia demonstração de sujeição do particular aos ditames legais. Assim, este pode se encontrar na obrigação de não fazer alguma coisa até que a Administração verifique que a atividade por ele pretendida se realizará segundo padrões legalmente permitidos.

⁴ Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 833.

Com isto o Poder Público previamente se assegura de que não resultará um dano social como consequência da ação individual. É o caso da licença de edificar. O administrado deve exibir planta da futura construção, solicitando licença para tal. A Administração, verificando a sua conformidade com as exigências da legislação edilícia, expedirá ato vinculado facultando-lhe o exercício da atividade". (grifamos)

Este entendimento fica mais claro quando se observa a definição dada pelo referido autor à polícia administrativa, o que por óbvio compreende o poder de polícia:

"29. Em face de todo o exposto, pode-se definir a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ("non facere") a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo." (grifamos)

Claro está, portanto, que para o exercício efetivo do poder de polícia por determinado ente federativo é fundamental que este possa de

pronto impor as normas derivadas de sua competência para legislar sobre a matéria, posto que, o referido ente só pode impor a observância das normas por ele efetivamente editadas, não cabendo utilizar-se de diplomas legais editados por outros entes federativos.

Observa-se que a competência material para exercer o poder de polícia está umbilicalmente ligada à competência legislativa, o que implica em dizer que apesar da competência em matéria de proteção ao meio ambiente e combate a poluição ser comum, isso não significa que a atuação dos entes federativos pode ser indistinta em tal matéria. Ela deve guardar a necessária correspondência com a competência legislativa.

II - Competência Municipal em matéria ambiental

Entendida a questão da competência comum e da competência exclusiva, faz-se necessário entender que a competência municipal em matéria ambiental é tanto material, por força do disposto no artigo 23 da Constituição Federal, quanto legislativa, em decorrência do estabelecido no artigo 30 do texto constitucional, que como já exposto, estabelece a competência exclusiva dos municípios para legislar sobre matéria de interesse local.

Neste sentido, ressalte-se o que leciona José Afonso da Silva⁵:

"Pode-se dizer, no entanto, que sua competência
suplementar na matéria é também reconhecida. De

⁵ Direito Ambiental Constitucional, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79.

fato, dá-se-lhes competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII)." (grifamos)

Destaque-se, ainda, o que leciona Paulo de Bessa Antunes⁶:

"Na forma do artigo 23 da Lei Fundamental, os Municípios tem competência administrativa para defender o meio ambiente e combater a poluição. Contudo, os Municípios não estão arrolados entre as pessoas jurídicas de direito público interno encarregadas de legislar sobre o meio ambiente. No entanto seria incorreto e insensato dizer-se que os Municípios não tem competência legislativa em matéria ambiental.

O artigo 30 da Constituição Federal atribui aos Municípios competência para legislar sobre: assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

⁶ Direito Ambiental, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, ps. 77 e 78.

Está claro que o meio ambiente está incluído no conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio do agir localmente, pensar globalmente."

Ressalta-se, ainda, o que estabelece o artigo 182 do Texto Constitucional no tocante a competência municipal em matéria ambiental:

"Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes."

Compreende-se que não existe como dissociar de uma política de desenvolvimento urbano, que objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e garantir o bem-estar de seus habitantes, à plena proteção ambiental em espaços locais.

Afinal, a preservação ambiental e o combate à poluição são essenciais para garantir o já citado pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes.

Destaque-se o entendimento esposado pelo já mencionado José Afonso da Silva⁷:

"Outorga-se-lhes a competência para a Política de Desenvolvimento Urbano e estabelecimento do Plano Diretor (art. 182), e ainda a competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Quer dizer que não se recusa aos Municípios competência para ordenar a proteção do meio ambiente, natural e cultural." (grifamos)

A edição da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, também conhecida como Estatuto da Cidade, que regulamentou o referido artigo 182, bem como o artigo 183, e estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana, deixou totalmente evidenciado o entendimento que os municípios tem efetiva competência em matéria ambiental.

Uma leitura do disposto no Parágrafo único do artigo 1º do citado diploma legal comprova de forma cristalina tal entendimento, como se verifica:

⁷ Ob. cit. ps. 79 e 80.

*"Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, **bem como do equilíbrio ambiental.**" (grifamos)*

Outra disposição contida no referido diploma legal e que cristaliza a competência municipal em matéria ambiental encontra-se na diretriz geral que determina que a ordenação e controle do uso do solo deve evitar a poluição e a degradação ambiental, como se observa do disposto no inciso VI, alínea "g" do artigo 2º do diploma legal em comento:

"VI - ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

...

*g) **a poluição e a degradação ambiental;**" (grifamos)*

Assim, em todo o Estatuto da Cidade encontram-se disposições que evidenciam de forma clara e cristalina que a política de desenvolvimento urbano não pode prescindir da devida observância das questões ambientais, posto que se assim não o fosse não se alcançaria o objetivo proposto no texto constitucional de pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar dos habitantes dos centros urbanos.

A competência municipal em matéria ambiental pelas razões já expostas encontra-se limitada aos interesses intrinsecamente ligados aos aspectos locais, posto ser essa a sua competência exclusiva para legislar.

O entendimento esposado por José Roberto Marques⁸ evidencia a importância desta competência exclusiva do Município para legislar em matéria de meio ambiente afeta ao interesse local, como se observa:

No que se refere ao meio ambiente urbano, as leis municipais contribuem decisivamente para mantê-lo em condições de propiciar bem-estar e sadia qualidade de vida à população.

São elas - dada a proximidade do legislador com o meio - que melhor avaliarão a necessidade de licenciamento e, agora, de elaboração de estudos de impacto de vizinhança. É esse legislador que melhor sente as condições de vida da população, podendo promover melhorias ou remover problemas instalados, como, por exemplo, as barreiras arquitetônicas que impedem o trânsito de deficientes físicos.

Podendo disciplinar, o legislador municipal poderá também cuidar da poluição visual e dos vazios urbanos, que comprometem a paisagem (estética) e a saúde pública." (grifamos)

⁸ Meio Ambiente Urbano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 181.

E ainda que assim não o fosse, com a edição da Lei Complementar nº 140/2011 alterou-se a redação do art. 10º da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente), que concedia o monopólio do licenciamento ambiental ao Estado, que apesar de não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, serviu por anos como gancho para negar a competência municipal em matéria ambiental.

Ocorre que, como exposto, a Lei Complementar nº 140/2011 modificou a redação do art. 10º, ficando a sua nova redação da seguinte forma:

"Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação **mantido pelo órgão ambiental competente**. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)". (grifamos)

III - Do exercício do poder de polícia

Como se sabe, poder de polícia é a faculdade, inerente à Administração Pública, mais rigorosamente, ao Poder Público, que esta detêm, pelo só fato de assim se constituírem, para restringir e disciplinar as atividades, o uso e o gozo dos bens e de outros direitos, bem como as liberdades dos administrados em benefício da coletividade (cf. nosso Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 89).

No tocante aos meios de atuação para a concretização (exercício) do poder de polícia, destacamos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹:

“5.5. – Meios de atuação.

Os meios de atuação de que se utiliza o Estado para seu exercício são:

- 1. atos administrativos em geral: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e atividades individuais. Disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, portarias, resoluções, instruções;*
- 2. atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorizações e licenças, com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas) com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.” (grifamos)*

⁹ “Direito Administrativo” – 20ª ed. – Atlas – 5. Poder de Polícia – p. 101 e segs.

TOSHIO MUKAI
Doutor em Direito: USP
(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

Verifica-se, que a ilustre autora, leciona como meios de atuação do poder de polícia, duas fases: a preventiva, com emissão de licenças e autorizações e a repressiva. As duas fases, por constituírem-se exatamente no exercício do poder de polícia não podem ser exercitadas senão por um único ente federativo, ou seja, somente quem tem competência para licenciar, tem competência para aplicar sanções.

Claro está, portanto, que o poder de polícia é exercido pelo Poder Público em duas fases sucessivas e indissociáveis: a fase preventiva, através das licenças e autorizações e a fase repressiva, através da fiscalização e da aplicação de sanções.

Aliás, isto é expressamente previsto na Lei Complementar nº 140/2011:

"Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar o auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infração à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada".

Quanto às condições de validade do ato de polícia administrativa, são: previsão em lei formal dos atos de polícia (licenças, autorizações e sanções); competência do agente para os atos de licenciamento

e autorizações; as previstas na Constituição e nas leis; observância do princípio da proporcionalidade.

Isso fica evidente no que ensina o já mencionado Hely Lopes Meirelles¹⁰ no tocante aos atos de polícia administrativa, que entende que como estes são atos administrativos, as condições específicas de validade não estão dissociadas da competência, da finalidade e da forma, acrescidas da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela Administração.

O Poder de Polícia se espalha através das competências da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, pois somos uma Federação.

Resta se saber quais as competências de cada um desses entes federativos para exercer o poder de polícia.

Questão fundamental, portanto, é o concernente à competência constitucional para esse exercício.

Hely Lopes Meirelles¹¹ asseverou a seguinte regra: *“Em princípio, tem competência para policiar, a autoridade administrativa que dispõe do poder de regular a matéria.”* Assim sendo, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual, e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento municipal.”

¹⁰ Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, p. 124.

¹¹ ob. cit. p. 114

Já Celso Antônio Bandeira de Mello¹² entende que:

“o critério fundamental está no se dizer que é competente para dada medida de polícia administrativa quem for competente para legislar sobre a matéria.

Assim, a União exercerá em caráter exclusivo a polícia administrativa sobre o que estiver arrolado no artigo 22 da Constituição e concorrentemente com Estados e Distrito Federal sobre o que consta do art. 24. Estados exercerão em caráter exclusivo nas hipóteses abrigáveis no § 1º do art. 25 ou em concorrência com a União nas do art. 24, precitado. Municípios têm seu campo exclusivo de polícia administrativa no que disse respeito ao seu peculiar interesse, notadamente sobre as matérias previstas no art. 30.”

Os licenciamentos ambientais, portanto, para nós, estão, quanto à competência, assim distribuídos (competências privativas).

Cabe à União legislar sobre normas gerais sobre meio ambiente e exercer o seu poder de polícia em termos nacionais ou regionais supra-estaduais; da mesma forma, exercerão os Estados o poder de polícia regional, supra-municipal, exigindo licenças e aplicando sanções nesse nível (art. 25, § 1º da C.F.) e os Municípios exercerão o poder de polícia em nível puramente local (art. 30, I da C.F.).

As legislações de natureza concorrente apenas traçam uma hierarquia legal constitucional: a União traça normas gerais, que são observadas pelos Estados e Municípios.

¹² Curso de Direito Administrativo, 12ª ed., pp. 684-685

TOSHIO MUKAI
Doutor em Direito: USP
(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

Quanto à competência administrativa comum, houve muitas distorções de interpretações com relação a ela. Quanto à correta interpretação desse artigo 23, da Constituição, que a contempla, Hely Lopes Meirelles¹³ deixou-nos a seguinte lição: *“Por competência comum deve-se entender que cabe indiferentemente às quatro entidades estatais para solucionar matérias que estejam nas suas atribuições institucionais”*.

Houve outros autores, inclusive o próprio Hely Lopes Meirelles, que admitiu que a predominância do interesse, nas competências de cada ente federativo e mormente, na competência comum, demarcaria a competência de cada um desses entes.

Entretanto, a Lei Complementar nº 140/2011, não albergou essa ideia, como teremos a ocasião de ver adiante.

As licenças ambientais, quanto às competências para suas emissões levam em conta, portanto, somente o critério espacial: se a atividade ou o empreendimento for localizado num Município, a competência para o licenciamento (tanto a privativa como a comum) é do Município, se a atividade ou empreendimento for localizado em mais de um Município, a competência (privativa ou comum) é do Estado; se a atividade for localizada em dois ou mais Estados, a competência é da União (privativa ou comum).

Não há falar, portanto em repercussão do impacto ambiental em outro Município ou em outro Estado, para a subtração da competência segundo a localização da atividade ou do empreendimento, nem de preponderância de interesse, pois a Constituição não emprega tal expressão em lugar nenhum, como o fazia a Resolução nº 237 do CONAMA, derogado pela LC nº 140/2011”.

¹³ Direito Municipal Brasileiro, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1990, p. 134

Conclui-se, portanto, que o Município seja por ter competência exclusiva para legislar em matéria local, seja por ter reconhecidamente competência em matéria ambiental, e por fim por ter a sua competência para tratar de empreendimentos localizados dentro do seu espaço territorial devidamente reconhecido pela Lei Complementar nº 140/2011, detém total capacidade para exercer o poder de polícia em matéria ambiental tanto na fase preventiva (licenciamento, autorizações, etc), quanto na fase repressiva, isso quando se tratar de assunto de interesse local e devidamente localizado dentro de seu espaço territorial.

IV - Do Projeto de Resolução CEPRAM

Considerando portanto que o Município detém a competência privativa (ou exclusiva) quanto a comum em matéria ambiental, cabe agora uma análise do Projeto de Resolução que o Conselho de Meio Ambiente do Estado da Bahia - CEPRAM pretende adotar.

Inicialmente, cumpre-nos analisar os considerandos do citado diploma normativo, posto que encontram-se ali os fundamentos legais para a sua edição.

A referida Resolução por óbvio tem o seu fundamento constitucional no disposto no artigo 23, incisos VI e VII da Constituição Federal, que atribuiu a competência comum em matéria de proteção ao meio ambiente.

Ora, como visto, o fato da competência ser comum a todos os entes federativos em se tratando de proteção ao meio ambiente, isso não implica em que se apague as competências privativas, ou mesmo que

possibilite a atuação indiscriminada de um ente no âmbito de competência de outro.

Assim, por mais que a disposição constitucional referida estabeleça a competência comum dos entes federativos para a proteção do meio ambiente, isso não significa que exista a possibilidade de interferência de um determinado ente no âmbito de competência de outro.

Outro fundamento encontrado pelo citado CEPRAM para edição da Resolução em comento encontra-se na disposição do inciso XIV, alínea "a", do art. 9º da Lei Complementar nº 140/2011, que estabelece:

"XIV – observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente [...]" (grifamos)

Como já dissemos em outra oportunidade, esta norma é absolutamente inconstitucional, pois o Município não pode obedecer tipologia ditada por um órgão estadual (sob pena de invasão de competência do Estado no Município, como, aliás, anteriormente apontado); ou talvez tenha havido um equívoco do legislador: onde está Conselhos Estaduais, ele quis dizer Conselhos Municipais.

E mesmo que se considere que tal disposição legal encontra amparo no Texto Constitucional, o que não se dá, em face do disposto no art. 18 da Constituição Federal, como se verá em seguida, o inteiro teor da Resolução em tela, ao buscar instituir uma definição da tipologia do

TOSHIO MUKAI
Doutor em Direito: USP
(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

que causa ou pode causar impacto ambiental de âmbito local, extrapola os limites legais e constitucionais para tal ato.

Outro ponto que deve ser destacado é que ao estabelecer como um dos fundamentos da Resolução referida a disposição contida na Constituição do Estado da Bahia (art. 213, § 4º) que permite ao Estado da Bahia delegar competências aos conselhos e órgãos de defesa do meio ambiente criados por lei municipal, essa o faz de forma equivocada, pois não pode o Estado delegar o que não é de sua competência (é do Município).

Afinal, como visto anteriormente, o Município detém total competência para atuar na preservação do meio ambiente, seja por se tratar de matéria de impacto local, seja por ser algo que aconteça dentro do seu espaço territorial.

E isso se evidencia nos outros diplomas utilizados como fundamento para edição da Resolução em comento, posto que, como se pode verificar do próprio texto da minuta de Resolução, a Lei Estadual nº 10.431, de 20 de dezembro de 2006, em seu artigo 159 reconhece a competência originária dos órgãos de proteção ambiental municipal decorrentes de disposições legais e constitucionais, para depois tratar das atividades delegadas pelo Estado.

De outro lado, em que pese a total inconstitucionalidade de um decreto estadual (Decreto Estadual nº 14.024, de 07 de junho de 2012) buscar estabelecer competência para órgãos municipais para exercer a fiscalização e licenciamento de atividades de impacto local, fato é que o citado diploma normativo também trata das atividades que eventualmente forem delegadas pelo Estado.

Ou seja, é clara e evidente a competência municipal para exercer atividades de proteção ambiental, sendo que, a delegação de competências por parte do Estado aos Municípios sempre ficará adstrita aos termos do convênio firmado com esse fim, não cabendo à órgão integrante da estrutura do Poder Executivo estadual utilizar-se de tal possibilidade para tentar normatizar ações inerentes a competência municipal.

Rua Manoel José Gomes n.º 111 - Jardim Prudência - São Paulo - CEP.: 04648-237

Telefone/fax: (11) 5505-7058 ou 5506-3972

site: www.mukaiadv.com.br e-mail: mukaiadv@terra.com.br

Enfim, como a pretendida Resolução fulcra-se numa norma flagrantemente invasora da autonomia dos Municípios (parte final da alínea "a" do inciso XIV, do art. 9º da LC nº 140/2011). É de uma lógica palmar que se um Conselho do Meio Ambiente deva fixar tipologias (que é um assunto mais do que específico local, no caso) para os licenciamentos ambientais municipais, esse Conselho só poderia ser o municipal, pois, como é sabido, pelo princípio da legalidade, cabe à lei formal municipal fixar regras, restrições de polícia administrativa, padrões, procedimentos, etc, sobre os licenciamentos ambientais municipais.

Assim, em última *ratio*, cabe às Câmaras Municipais fixar em lei a tipologia das atividades e empreendimentos a serem licenciados pelo respectivo Município, e não nenhum Conselho, mesmo que municipal, quanto mais um Conselho de âmbito estadual, pois o Município, como autônomo que é, não está obrigado a obedecer regras administrativas ditadas por um simples órgão estadual. Isto violenta e estilhaça o regime federativo.

IV.1 - Das disposições gerais da Resolução

A Seção I da Resolução busca conceituar o que seja impacto ambiental de âmbito local e definir quais são as atividades ou empreendimentos que não podem ser licenciados pelos municípios.

A conceituação feita no artigo 1º da Resolução em muitos aspectos é redundante com disposições legais já existentes e aplicáveis, porém, não é contrária as disposições legais vigentes, posto que, de acordo com os ditames da LC nº 140/2011, ao relacionar o interesse local com o espaço territorial do Município.

Melhor sorte não assiste ao disposto no artigo 2º da Resolução em comento, posto que, ao buscar estabelecer o que não pode ser considerado de impacto local, e por isso licenciado pelo Município, o referido dispositivo fere o princípio constitucional federativo, já que estaríamos diante

de uma situação em que um órgão administrativo de um ente federativo tenta impor por meio de diploma normativo o que um outro ente pode ou não fazer.

E mesmo se assim não o fosse, uma leitura atenta do dispositivo deixa claro que o mesmo tenta impor algo que o próprio ordenamento jurídico pátrio já deixa evidenciado.

Afinal, tentar impedir que o Município licencie atividades e empreendimentos que estão no âmbito de competência da União (inciso I); que estiverem localizados em Unidades de Conservação instituídos pela União ou pelo Estado (a redação original da Resolução peca por falar em domínio, o que remete a propriedade, que não é o caso aqui) (inciso II), o que, por óbvio também está no âmbito de competência dos respectivos entes; cujos impactos diretos ultrapassem os limites territoriais do Município (inciso III), o que por força do disposto na Lei Complementar nº 140/2011 já não mais existe, pois a competência do Município é puramente local (art. 9º, inc. XIV, "a"); localizados, concomitantemente, em áreas das faixas terrestres e marítimas da Zona Costeira (inciso IV), que também pelo estabelecido na referida Lei Complementar nº 140/2011 encontra-se no âmbito da competência da União (Parágrafo único do art. 7º da Lei Complementar nº 140/2011); deixa evidenciado ser um esforço inútil, já que tais atividades e empreendimentos já se encontravam dentro da competência dos outros entes federativos, salvo a referência a impactos sobre outros municípios, que já é local.

A Seção II que trata da classificação do Impacto das Atividades Poluidoras só pode ser entendida como legal se referir-se a uma classificação para atividades poluidoras que se encontram sob a competência estadual para o exercício do poder de polícia, já que, no âmbito de competência do Município, caberia ao órgão municipal estabelecer tal classificação.

O Capítulo II que dispõe sobre a Estrutura do Sistema Municipal de Meio Ambiente é totalmente ilegal e inconstitucional, posto que não cabe a um órgão integrante do Poder Executivo Estadual estabelecer

TOSHIO MUKAI
Doutor em Direito: USP
(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

como se dará a estruturação da Administração Pública municipal. Esta, segundo as Leis Orgânicas Municipais, só cabe aos Municípios.

É ilegal, pois nenhum diploma legal estadual pode determinar que o Município se organize desta ou daquela maneira, pois isso cabe ao próprio ente municipal, por meio de legislação própria, devidamente aprovada pelo Poder Legislativo Municipal.

E isso decorre da autonomia municipal insculpida no artigo 18 da Constituição Federal, o que implica em dizer que todas as disposições contidas no mencionado Capítulo II configuram violação à autonomia municipal, sendo, portanto, inconstitucionais.

Autonomia essa que encontra ressonância no disposto no art. 34 da Constituição Federal, que ao tratar da Intervenção da União em casos excepcionais nos Estados e no Distrito Federal determinou na alínea "c" do seu inciso VII que um desses casos seria justamente para assegurar a autonomia municipal, como se verifica:

"Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

...

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

...

c) autonomia municipal;"

O Capítulo IV (aqui um erro de numeração na referida minuta) que trata do Sistema de Informação também padece do mesmo mal do Capítulo II, qual seja a inconstitucionalidade, pois pretende determinar aos Municípios a organização e manutenção de um Sistema Municipal de Informações, o que claramente viola a já mencionada autonomia municipal.

O Capítulo V e o Capítulo VI apenas repetem disposições contidas na Lei Complementar nº 140/2011, tornando os mesmos redundantes.

V - Indicações críticas finais à minuta de Resolução.

a) - Art. 2º - Não cabe a uma Resolução Estadual dizer o que o Município pode ou não fazer em matéria ambiental, em especial quanto ao inciso III desse inciso, que constava da Resolução nº 237 do CONAMA foi derogado pela LC nº 140/2011, que diz que compete ao Município, licenciar atividades ou empreendimentos de cunho local (o critério de competência é espacial), segundo estabelece o art. 9º, XIV, "a" da LC nº 140/2011.

b) - O art. 3º é inconstitucional, pois não pode o Estado ditar regras específicas e mandar o Município obedecer decretos estaduais, o que não se enquadra na competência concorrente do art. 24 da Constituição Federal, que exige leis para as matérias concorrentes.

c) - Art. 5º - A consideração de ser ou não um órgão ambiental capacitado, em âmbito municipal é de competência deste, mas nunca do Estado.

d) - Art. 6º - Conceito de Conselho Municipal de Meio Ambiente. Cabe exclusivamente à lei municipal criadora de tal conselho fixar-lhe as condições de sua estrutura, existência e atividades.

e) - Art. 7º - Não cabe ao Estado fixar prazo para que o Município informe a um órgão estadual o nível de gestão local para o exercício dos licenciamentos ambientais. O Município (art. 18 da C.F) é autônomo e não está subordinado hierarquicamente nem ao Estado e nem à União.

Da mesma forma e pelas razões constitucionais, os §§ 1º e 2º do art. 7º são flagrantemente inconstitucionais.

f) - Art. 8º - Não é porque o Município esteja incapacitado para enfrentar as questões ambientais que surgirá a competência supletiva do

Estado para desempenhar as atribuições ambientais do Município. Inexiste esse tipo de competência supletiva na Constituição Federal, exatamente porque isto violaria a autonomia municipal, tendo-se, se assim fosse, o Estado atuando em âmbito local, o que, como já vimos, afronta a competência exclusiva e privativa do Município.

Da mesma forma e pelas mesmas razões, de ordem constitucional, os §§ 1º e 2º desse art. 8º são inconstitucionais.

g) - § 3º do art. 10 - Este parágrafo dá uma interpretação errônea e inconstitucional do art. 23 da Constituição Federal, entendendo (como muito se fez) que, com base nessa disposição qualquer um dos entes federativos pode atuar, sobre qualquer questão ambiental, o que é uma interpretação inconstitucional, porque insto apagar do Texto Constitucional as competências privativas dos entes federativos.

VI - Conclusão

Concluimos, portanto, que a Resolução no seu formato atual não pode ser editada, pois claramente viola os ditames da Lei Complementar nº 140/2011, bem como dá interpretação diversa aos ditames da legislação do Estado da Bahia, para com isso exercer uma competência que tal legislação não lhe confere.

Soma-se a isso as inconstitucionalidades apontadas anteriormente, com violação ao princípio da autonomia municipal.

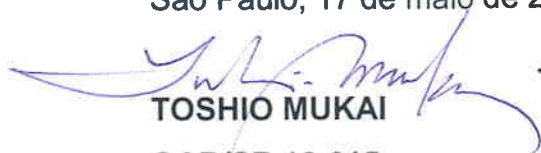
Devem ser consideradas, também, as disposições da referida Resolução que apenas repetem o que já se encontra estabelecido na Lei Complementar nº 140/2011, o que torna tais disposições completamente redundantes, e sem maior serventia.

TOSHIO MUKAI
Doutor em Direito: USP
(Direito Público: Administrativo, Urbanístico e Ambiental)

Se aprovada uma resolução com tais
inconstitucionalidades, caberá uma ADI junto ao Supremo Tribunal Federal.

É o nosso parecer,
s.m.j.

São Paulo, 17 de maio de 2013.



TOSHIO MUKAI
OAB/SP 18.615

**ANEXO 02 - INFORMAÇÕES ELABORADAS PELA ADVOCACIA DO SENADO E
DESTINADAS A INSTRUIR A MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4757**

OFÍCIO Nº 276/2012- PRESID/ADVOSF

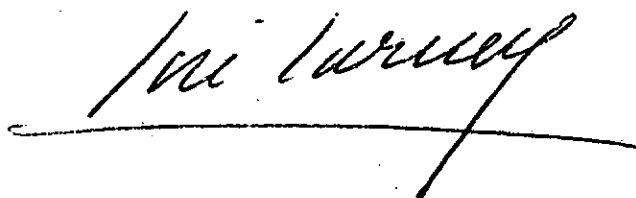
Brasília, 21 de junho de 2012.

Senhora Ministra,

Em atenção à solicitação contida no Ofício 3815/R, de 30 de maio de 2012, encaminho a Vossa Excelência as informações elaboradas pela Advocacia do Senado e destinadas a instruir a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.757.

Por oportuno, solicito que as futuras intimações sejam feitas em nome dos Advogados do Senado Federal: Dr. Alberto Machado Cascais Meleiro (OAB 9.334/DF), Dr. Hélio Rodrigues Figueiredo Junior (OAB 64.545/RJ), Dr. José Alexandre Lima Gazineo (OAB 8.710/BA) e Dr. Hugo Souto Kalil (OAB 29.179/DF).

Atenciosamente,



Senador JOSÉ SARNEY
Presidente do Senado Federal

À Sua Excelência a Senhora
Ministra ROSA WEBER
Supremo Tribunal Federal
NESTA



SENADO FEDERAL
Advocacia

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.757/DF

REQUERENTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DA CARREIRA DE ESPECIALISTA EM MEIO AMBIENTE E PECMA – ASIBAMA NACIONAL

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

Informações destinadas a instruir os autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.757, proposta pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DA CARREIRA DE ESPECIALISTA EM MEIO AMBIENTE E PECMA – ASIBAMA NACIONAL, em face de diversas disposições da Lei Complementar nº 140, de 9 de dezembro de 2011.

Senhor Advogado-Geral,

Cuida-se de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DA CARREIRA DE ESPECIALISTA EM MEIO AMBIENTE E PECMA – ASIBAMA NACIONAL, em face de diversas disposições da Lei Complementar nº 140, de 9 de dezembro de 2011, que “fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do



SENADO FEDERAL
Advocacia

meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981”.

Segundo a entidade autora, estariam em desacordo com a Constituição da República o art. 4º, V, VI; art. 7º, XIV, ‘h’ e parágrafo único; art. 17, *caput* e §§2º e 3º; art. 7º, XIII e XIV; art. 8º, XIII e XIV; art. 9º, inc. XIII e XIV; art. 14, §§3º e 4º; art. 15; art. 20; art. 21; todos da citada lei complementar. Pede a declaração de inconstitucionalidade de todo o diploma legal, por arrasto.

Afirma que o art. 17, §3º, padece de inconstitucionalidade formal, porque, havendo sido emendado no Senado Federal, deveria retornar à Câmara dos Deputados.

Quanto aos demais dispositivos, alega vício de inconstitucionalidade material, em face de suposto fracionamento inconstitucional da competência comum, prevista no art. 23 e no art. 225 da Constituição, além de violação aos arts. 5º, incs. II, LIII e LIV, 23, *caput*, III, VI e VII, 37, *caput*, 225, *caput*, e §1º, IV, todos da Constituição Republicana.

Quanto ao processo legislativo, tem-se a ressaltar que a proposta exsurtiu de projeto de lei complementar, na Câmara dos Deputados, de autoria do senhor deputado Sarney Filho, autuada sob o nº 12/2003 – e posteriormente apensada a outras (PLP 388/2007 e 127/2007). Na justificação, Sua Excelência ressalta:

A necessidade 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.(...) O



SENADO FEDERAL
Advocacia

projeto de lei complementar ora apresentado tem por objetivo servir de suporte inicial a essa importante discussão.¹

Nota-se do projeto a preocupação em harmonizar, com sinergia, a proteção ambiental com a segurança jurídica, oferecendo aos principais destinatários da norma (agentes públicos, cidadãos e pessoas jurídicas ligadas aos setores produtivos) a certeza de como cumprir as normas ambientais e a quem se dirigir no âmbito administrativo. Lê-se, por exemplo, do Voto do Relator no Parecer oferecido na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural na Câmara, Deputado Moacir Micheletto:

A regulamentação do dispositivo constitucional estatuído nos incisos III, VI e VII do art. 23 da Constituição Federal há muito era manifestada como essencial por diferentes setores produtivos do País, em especial pelo setor agropecuário. A iniciativa legislativa de definir a forma como se deve processar a cooperação entre os entes federados merece honras e glórias, pois permite ao País produzir sem sobressaltos, com regras claras e bem definidas.

A atual indefinição de competências entre os órgãos ambientais municipais, estaduais e federais por vezes inviabiliza o cumprimento da legislação ambiental por parte dos produtores rurais. Afinal, uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo setor produtivo advém da ausência de delimitação das competências institucionais que permeia todo o procedimento de obtenção do licenciamento ambiental, por exemplo.(...)

Ademais, a redação original gerava enorme insegurança jurídica aos empreendedores e atividades produtivas ao permitir que todos os entes federativos exercessem o controle e fiscalização das atividades de forma concomitante. Tal dispositivo inviabilizava, totalmente, o objetivo de se estabelecer regras claras para atuação dos entes federativos.² [destaquei]

Na Comissão de Meio Ambiente, o projeto recebeu novo substitutivo, que, no entanto, mantinha como diretriz a autonomia de cada um dos entes federados, prezando pela fixação de diferentes atribuições como forma de regulamentar a

¹ BRASIL. SENADO FEDERAL. SECRETARIA-GERAL DA MESA. **Processado do PLC 1/2010 – Complementar, no Senado Federal.** Sumário da Câmara, pp. 15-16.

² Idem. pp. 32-34



SENADO FEDERAL
Advocacia

cooperação prescrita pela Constituição da República. O substitutivo proposto pela comissão já continha a previsão de funcionamento das Comissões Tripartites. Em seu voto, o Relator naquela Comissão, deputado Ronaldo Vasconcelos, transcreveu as palavras de PAULO AFFONSO LEME MACHADO:

(...)

A autonomia não significa desunião dos entes federados. Também não deve produzir conflito e dispersão de esforços. Mas a autonomia deve ensejar que o Município tenha ou possa ter sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados. Os Estados, por sua vez, poderão ter, também, sua organização administrativa ambiental diferente da do governo federal.³

Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, o projeto ganhou novo substitutivo, que apenas aperfeiçoou, sem mudanças significativas, o teor das emendas anteriores. Aprovado na Câmara e enviado ao Senado Federal, o projeto ganhou o número PCL 1/2010 – Complementar.

No Senado, a proposta recebeu o Parecer nº 1187, de 2011, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de lavra de Sua Excelência a Senadora Kátia Abreu, favorável ao projeto em seus termos, e no qual se lê:

Finalmente, cumpre enfatizar que a proposição atende aos princípios constitucionais de proteção, uso e conservação dos recursos naturais, disciplinando os princípios e diretrizes básicas para a atuação harmoniosa dos entes federativos no que se refere à sua ação, principalmente na questão do licenciamento e fiscalização ambiental, e que a sua implementação, inclusive com os ajustes posteriores da legislação infra-constitucional aos seus preceitos, trará a tão almejada segurança jurídica à população, aos empreendedores e ao desenvolvimento sustentável do país.⁴

³ Idem. pp. 106-107.

⁴ BRASIL. SENADO FEDERAL. SECRETARIA-GERAL DA MESA. **Processado do PLC 1/2010 – Complementar**, no Senado Federal. p. 59.



SENADO FEDERAL
Advocacia

No mesmo parecer, ressaltou-se, rejeitou-se emenda proposta pela então Senadora Marina Silva, que desejava substituir a forma da regulamentação dos critérios de porte e potencial poluidor para competência de licenciamento da União, deslocando-a do Poder Executivo, por proposta da Comissão Tripartite, para o CONAMA. Defendeu-se, para a rejeição, que o regime presidencialista dá preferência à regulamentação da Lei por meio do decreto presidencial, sendo inoportuna, senão inconstitucional, a sua transferência para o CONAMA.

Na Comissão de Meio Ambiente, Fiscalização e Controle, novamente foram rejeitadas as emendas propostas, mantendo-se o teor do projeto como se encontrava na proposta da Câmara, com alterações de redação. Finalmente, o projeto foi levado pela Comissão Diretora ao Plenário, aprovado e encaminhado à sanção em 26/10/2011.⁵ Não houve veto presidencial.

É a síntese do processo legislativo concernente à norma impugnada.

Com relação à alegação de inconstitucionalidade formal, por ausência de envio da proposta à casa iniciadora em decorrência de emendas no Senado Federal, é preciso ressaltar que as emendas aprovadas, conforme se viu, tiveram caráter de redação, sem alteração de substância da norma jurídica proposta. Foram rejeitadas as emendas que buscavam alteração de sentido da norma.

Quanto ao art. 17, §3º, concretamente, vê-se que a emenda aprovada tão-somente inverteu a redação, que era negativa (atribuída nulidade a qualquer atuação feita por órgão incompetente), para positiva (apenas atribui validade à atuação do órgão competente). O sentido jurídico é estritamente o mesmo, e, portanto, deve ser reconhecido seu caráter de mera emenda de redação.

⁵ Idem. p. 90.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Com relação ao tema, o STF tem jurisprudência pacífica no sentido de ser constitucional a supressão de apreciação da Casa iniciadora quando a Casa revisora se limita a fazer emendas de redação. Nesse sentido:

"Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. LC 101, de 4-5-2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). MP 1.980-22/2000. (...) LC 101/2000. Vício formal. Inexistência. O parágrafo único do art. 65 da CF só determina o retorno do projeto de lei à Casa iniciadora se a emenda parlamentar introduzida acarretar modificação no sentido da proposição jurídica." (ADI 2.238-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJE de 12-9-2008.) Vide: ADI 2.182, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-5-2010, Plenário, DJE de 10-9-2010.

"Processo legislativo. Emenda de redação pelo Senado. Emenda que não alterou a proposição jurídica. Folha de salários: remuneração. (...). Questão interna corporis do Poder Legislativo. Cabimento da análise pelo tribunal em face da natureza constitucional." (ADC 3, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 1º-12-1999, Plenário, DJ de 9-5-2003.)⁶

Com relação às alegações de inconstitucionalidade material, tem-se a ressaltar que a competência executiva comum, prevista pelo art. 23 da Constituição da República, tem por premissa que a atuação não será simultânea, mas cooperativa, na forma da escolha do Congresso Nacional por meio de Lei Complementar.

É o quanto ficou firmado na ementa da ADI 2.544, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence:

A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23, CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/1961), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de

⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo. Versão Completa (pdf). Baixado em 19/6/2012, às 8h30min. p. 899



SENADO FEDERAL
Advocacia

demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.⁷

Vê-se que a orientação do STF foi bem aproveitada pelo Congresso Nacional na ocasião ora em debate, porquanto haja se elaborado legislação cujo escopo central foi justamente determinar a cooperação entre os entes federados.

Esta cooperação, como se vê, tem componentes de autonomia federativa, atribuindo a cada ente suas competências específicas, preservando-se, porém, a harmonia e integração dos entes por meio de Comissões Tripartites.

Ademais, em caso de ausência de órgãos em determinada unidade federativa, o ente superior abrange a sua competência a fim de preservar o bem jurídico constitucional tutelado, em aplicação muito adequada do princípio da subsidiariedade⁸, ou seja, valorizando a autonomia federativa.

Desse modo, a norma jurídica trouxe inegável preservação do bem jurídico – a proteção das paisagens naturais notáveis, a proteção do meio ambiente, o combate à poluição em qualquer de suas formas e a preservação das florestas, da fauna e da flora – sem que isso implique em desperdício de recursos públicos por meio da cumulação de atividades por entes distintos, nem tampouco importe em insegurança jurídica, como era o quadro do cipoal normativo anterior à sua edição.

Assim, três valores constitucionais de primeiro relevo foram privilegiados, sem perda ou diminuição de qualquer deles: a proteção ambiental (art.

⁷ ADI 2544, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2006, DJ 17-11-2006 PP-00047 EMENT VOL-02256-01 PP-00112 LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 73-86

⁸ Princípio tradicional da doutrina social da Igreja, segundo o qual as sociedades menores devem ter liberdade de ação, enquanto às maiores incumbe agir apenas na falha, insuficiência ou ausência das primeiras, de forma supletiva ou complementar.



SENADO FEDERAL
Advocacia

225), a segurança jurídica (art. 5º, *caput e inc. II*) e a eficiência administrativa (art. 37, *caput*).

Desse modo, verifica-se que a solução adotada pelo Congresso Nacional, no caso concreto, não apenas limita-se a uma solução adequada entre tantas outras, mas constitui mesmo a solução ótima, ou seja, aquela que melhor dá concretude e otimiza os preceitos fundamentais envolvidos. Ainda que assim não fosse, consoante explana Humberto Ávila, o princípio da adequação não demanda que o Poder Legislativo opte necessariamente pelo meio mais seguro, mais intenso ou melhor, bastando que opte 'simplesmente' por um meio que atinja a finalidade almejada⁹.

Não há rebaixamento do nível de proteção ambiental, mas melhor aproveitamento da máquina pública para a tutela desse bem jurídico.

Do mesmo modo, a alegação de "permissão legal para a paralisia" de um ente federado em decorrência da permissão de assinatura de instrumentos de cooperação ou da assunção de responsabilidade supletiva é equivocada.

Na verdade, a lei não está a conferir qualquer permissão de omissão ao Poder Público, mas se encarrega de dar soluções para a eventual omissão¹⁰, já que o Direito não pode fechar os olhos para a realidade social e política do país.

Finalmente, a requerente argúi, estranhamente, inconstitucionalidades em decorrência da "revogação" de dispositivos legais. Há inclusive um tópico em que apenas se limita a dizer que a lei é inconstitucional, em seu art. 20, porque revoga disposição da Lei nº 6.938/81.

⁹ ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 117-118.

¹⁰ Numa analogia simples, pode-se dizer que, quando o Estado prevê a ação penal privada substitutiva da pública em caso de omissão do *parquet*, não se está a autorizar o Ministério Público a não promover a ação. Apenas se está a proteger o interesse do ofendido.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Ademais, afirmam, equivocadamente, que foi dada atribuição normativa à Comissão Tripartite, em decorrência do art. 7º, inc. XIV, al. 'h', da norma impugnada.

Na verdade, tal disposição afirma tão somente que haverá licenciamento da União no caso de empreendimentos e atividades que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo – LEIA-SE: **DECRETO**, – a partir de proposição (ou seja, parecer consultivo) da Comissão Tripartite Nacional.

Não há, portanto, qualquer imposição de deveres e direitos por meio de proposição, mas apenas matéria de regulamentação de lei, a ser dada mediante decreto do Presidente da República.

Aliás, viu-se que a norma passou no controle de constitucionalidade realizado nas Comissões de Constituição e Justiça, bem como no exame para sanção da Presidente da República. Não há que se invocar, nessa linha, os pareceres dados à Presidência, já que se voltam apenas para auxiliar o Chefe do Poder Executivo.

Parece, por fim, desnecessário discorrer longamente acerca da urgência da tutela, dada a ausência de fundamentos para a concessão da cautelar, o que, *per se*, impediria o deferimento da medida requerida.

Entretanto, acresça-se apenas que o sistema normativo em questão já conta, a esta altura, mais de 6 (seis) meses de vigência sem que se tenha notícia de grave prejuízo aos bens tutelados. Ademais, a suspensão de eficácia de todos os dispositivos em questão acarretaria risco de dano ainda maior que a manutenção, por ora, da legislação impugnada, em vista da anomia que instalaria.

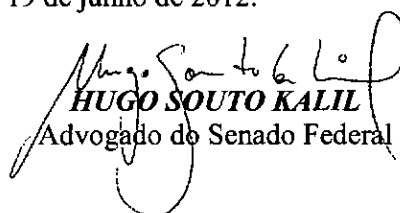


SENADO FEDERAL
Advocacia

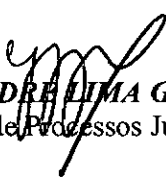
Verifica-se, portanto, analisado todo o conjunto normativo, que inexistente inconstitucionalidade a tutelar, nem urgência na tutela requerida, devendo a medida cautelar ser denegada e, por fim, julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

É o parecer.

Brasília, 19 de junho de 2012.

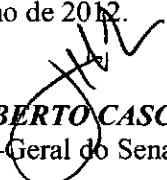

HUGO SOUTO KALIL
Advogado do Senado Federal

De acordo. Ao Advogado-Geral.


JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO
Coordenador de Processos Judiciais

APROVO. Submetam-se as presentes informações à apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente do Senado Federal, como sugestão destinada a atender a solicitação formulada por meio do Ofício nº 3815/R, de lavra de Sua Excelência a Senhora Ministra ROSA WEBER, Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.757.

Brasília, 19 de junho de 2012.


ALBERTO CASCAIS
Advogado-Geral do Senado Federal

ANEXO 03 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIN Nº 4757

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO, PRESIDENTE DO
EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A **ASIBAMA NACIONAL** - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DA CARREIRA DE ESPECIALISTA EM MEIO AMBIENTE E PECMA, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 08.452.840/0001-05, estabelecida no SCEN Trecho 2 - Conjunto Sede do Ibama, Asa Norte, Brasília/DF - CEP: 70.818-900 - Telefax: (61) 3307-1112, neste ato representada por sua Presidente, Sra. ANA MARIA EVARISTO CRUZ, brasileira, solteira, servidora pública, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seus advogados (**Doc. 1, 2 e 3**), com fulcro nos artigos 102, I, “a” e 103, IX, ambos da Constituição da República, e artigo 2º, IX e seguintes da Lei 9.868/99, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE com pedido liminar urgente

em face da Lei Complementar nº 140/2011, de 09/12/2011, que “*fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do art. 23 da Constituição Federal e parágrafo único, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*”, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

I - OS FATOS

Antes de enfrentar as inconstitucionalidades da Lei impugnada é preciso entender, rapidamente, o contexto em que a Lei está inserida para, depois, compreender melhor a extensão dos seus efeitos deletérios tanto para a higidez ambiental como para a higidez constitucional.

Em 1989, a proteção ambiental federal da União passou a ser feita pelo IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. O IBAMA surgiu da fusão de 4 órgãos ambientais federais que existiam à época para lidar com os recursos naturais, são eles: a SUDHEVEA - Superintendência da Borracha; o IBDF - Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal; a SUDEPE - Superintendência do Desenvolvimento e Pesca; e a SEMA - Secretaria Especial do Meio Ambiente.

A partir da criação do ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade pela Lei nº 11.516/2007 (julgada inconstitucional no dia 07/03/2012 e rejudgada no dia seguinte para manter a existência dessa autarquia), o IBAMA e o ICMBio passaram a ser os órgãos executores da União para a política nacional de meio ambiente em escala federal (inciso II, do art. 2º, da Lei nº 7.735/89; inciso III, do art. 6º, da Lei 9.985/2000; e incisos I e II, do art. 1º, da Lei nº 11.516/2007).

Em 25/10/2011, o Senado Federal aprovou o PLC 01/2010 por 49 votos. A Exma. Sra. Presidente da República sancionou a proposição legislativa dando origem à Lei Complementar - LC nº 140/2011, que foi publicada no DOU de 09/12/2011.

A LC nº 140/2011 encontra razão de existência no parágrafo único do art. 23, da Constituição que permite a edição de leis complementares para fixar normas para a cooperação entre os entes federativos. Com efeito, ela deveria fixar normas para a cooperação da União, Estados, Distrito Federal e Município referentes às competências comuns previstas nos incisos III, VI e VII, do art. 23 da Constituição Federal,

Contudo, a Lei impugnada contém uma inconstitucionalidade formal e várias inconstitucionalidades materiais que serão devidamente expostas.

De forma preambular, esse novo marco legal chama a atenção pela perda de atribuições da União para proteger o meio ambiente. O meio ambiente ficou menos protegido com o estabelecimento de competências ambientais privativas para os Estados, DF e Municípios, sendo que a maioria deles não está preparado e a União está impedida de agir supletivamente como antes.

A atuação do IBAMA em caráter supletivo permitia à União atuar em qualquer hipótese quando a legislação ambiental não era cumprida (inciso III, do art. 6º, III, da Lei nº 9.985/2000 e § 3º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81). Agora, a limitação das competências ambientais dos entes federativos e a revogação do § 3º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81 dificultam a atuação da União em um cenário em que os demais órgãos ambientais carecem de infra-estrutura adequada.

Ao se pronunciar sobre o tema no final de 2011 (Nota Técnica nº 06/2011/GAB/PRESID/IBAMA), foi o próprio Exmo. Sr. Presidente do IBAMA quem reconheceu a falta de estrutura e a necessidade de atuação do governo federal, confira:

“[...] a falta de estrutura e de pessoal dos órgãos estaduais de meio ambiente para um efetivo controle do desmatamento ilegal e [...] exigem que o Governo Federal continue a atuar firmemente no combate aos ilícitos ambientais em todo o território nacional” (Doc. 11, fl. 5, destacamos).

Ainda a título de contextualização histórica, a LC nº 140/2011 causou uma fratura em dois pilares criados pela Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), mais precisamente, no SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente e no CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente (órgão consultivo e normativo do SISNAMA).

Em 1990, a Lei nº 8.028/90 fez alterações na Lei nº 6.938/80, mas o SISNAMA e o CONAMA permaneceram com um desenho parecido das entidades responsáveis pela proteção ambiental e suas competências (art. 6º).

A LC nº 140/2011 criou uma estrutura nova chamada Comissão Tripartite (em todos os níveis da federação, vide inciso III e §§ 2º ao 5º, do art. 4º, da LC nº 140/2011) e lhe deu o poder genérico de fazer “*proposição*” sobre o licenciamento (vide art. 7º, inciso XIV, “h” e parágrafo único). Com efeito, o SISNAMA e o CONAMA foram atingidos.

O SISNAMA foi impactado, pois houve a transferência de atribuições da União para Estados e Municípios e a criação da Comissão Tripartite Nacional gerou mais um ente que passou a gravitar paralelamente ao desenho já consolidado de órgãos e entes ambientais. Por sua vez, o CONAMA também perdeu competências para a nova Comissão Tripartite.

Ao se pronunciar sobre os efeitos da LC nº 140/2011, o Exmo. Sr. Presidente do IBAMA afirmou:

“Trata-se de inequívoca extinção do Sistema Nacional do Meio Ambiente” (Doc. 11, fl. 2).

Partindo para o enfrentamento constitucional, o texto do projeto de lei que originou a LC nº 140/2011 sofreu várias alterações durante o percurso legislativo e foi descaracterizado (compare **Docs. 8, 8.2 e 9**). Além de retirar atribuições da União, **a LC nº 140/2011** culminou em um grau de segregação tão grande das atribuições entre cada ente federativo que a divisão estabelecida **agride violentamente a própria essência da competência comum** estabelecida na cabeça do art. 23, da Constituição.

Mais do que isso, além de deixar a cooperação para um segundo plano, a LC nº 140/2011 **viola ordens constitucionais ambientais** contidas no art. 225 e princípios básicos como o da segurança jurídica, devido processo legal, eficiência e legalidade.

Assim, existem inconstitucionalidades pulsantes sobre as quais a Corte Suprema precisa urgentemente exercer um crivo de constitucionalidade.

A presente ação não é um questionamento isolado sobre a existência inconstitucionalidades na LC nº 140/2011.

Pelo contrário, a documentação em anexo prova que **várias Autoridades Federais detectaram inconstitucionalidades e recomendaram à Exma. Sra. Presidente da República o veto de dispositivos da LC nº 140/2011**: o Exmo. Sr. **Presidente do IBAMA** (**Doc. 11**), a Exma. Sra. **Ministra do MMA** – Ministério do Meio Ambiente (**Doc. 13**) e **a própria AGU** (**Doc. 12**).

Confira, antecipadamente, algumas manifestações das mencionadas Autoridades Federais sobre a LC nº 140/2011 para evidenciar o vigor do presente pleito:

Manifestação oficial da **AGU**, Parecer nº 771/2011, da Consultoria-Geral da União:

*“75. Ante o exposto, **sugere-se o veto** dos seguintes dispositivos do PLC:*
*a) Por **inconstitucionalidade formal**:*
O parágrafo 3º, do art. 17;
*b) Por **inconstitucionalidade material** e por contrariar o interesse público:*

*Inciso II do art. 2º;
Inciso IV do art. 4º;
Parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 4º; inciso IX do art. 7º;
Inciso XIII do art. 7º;
Inciso XIII do art. 8º;
Inciso XIII do art. 9º;
Alínea “b”, do inciso XIV, do art. 7º;
Inciso XX do art. 8º;
Inciso IX do art. 9º;
Aline “a” do inciso XIV do art. 9º;
Parágrafo 2º do art. 13;
Parágrafo 3º do art. 14 e
Art. 17 e seus respectivos parágrafos.*

*À consideração do Senhor Consulto Jurídico.
Brasília, 29 de novembro de 2011.
[...]
Aprovo o Parecer” (Doc. 12, destacamos).*

Despacho da Exma. Sra. Ministra do MMA, Izabella Teixeira:

*“Assim, **além da argumentação jurídica** constante do Parecer nº 771/2011/CGAJ/CONJUR/MMA e dos vetos sugeridos pelas razões apresentadas no mencionado parecer, **considero como vetos essenciais** que assegurem os interesses e a política em curso do governo federal no que tange à proteção do meio ambiente e ao uso sustentável dos recursos naturais os abaixo relacionados, que não alteram, em nada, os objetivos, estrutura e efetividade da Lei Complementar:
[...]
Veto aos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 4º.
[...]
Veto ao art. 7º, inciso XIII; art. 7º, inciso XV, alínea “b”, art. 8º, inciso XVI, alíneas “b” e “c”; art. 9º, inciso XV, alínea “b”; art. 13, § 2º; art. 17, na íntegra” (Doc. 13, destacamos).*

No dia 08/12/2011, a LC nº 140/2011 foi sancionada sem nenhum veto.

A prova maior de que o texto sancionado é problemático está no fato de **a Exma. Sra. Presidente da República enviou um projeto de lei complementar para o Congresso alterando a LC nº 140/2011 no mesmo dia em que a LC foi sancionada** (dia 08/12/2011) (Doc. 14).

II – LEGITIMIDADE DA ENTIDADE AUTORA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A ASIBAMA NACIONAL, fundada em 19/08/2006, possui legitimidade ativa porque é uma entidade de classe de âmbito nacional que representa e reúne milhares servidores da área ambiental federal, sendo que seus associados são servidores ativos, aposentados e pensionistas distribuídos entre o IBAMA o ICMBio e o MMA.

Os servidores ativos da área ambiental federal foram reunidos pela Lei nº 10.410/2002 em uma só Carreira, denominada Carreira de Especialista em Meio Ambiente. Os servidores ambientais remanescentes e os inativos mais antigos foram reunidos em um Plano Especial de Cargos do MMA e do IBAMA conhecido como PECMA (art. 12 da Lei nº 11.357/2006). Assim, apesar do nome da Associação autora ser uma referência ao principal órgão ambiental federal dos últimos 20 anos (ASIBAMA) **a ASIBAMA NACIONAL representa TODO o segmento de classe dos servidores ambientais federais do país.**

O art. 2º, do Estatuto da ASIBAMA NACIONAL registra formalmente a amplitude da Associação (**Doc. 3**):

“Art. 2º - A Asibama Nacional, como também será denominada a Associação, tem sede e foro na cidade de Brasília, Distrito Federal. A Asibama Nacional possui abrangência jurídica em todo o território nacional e se faz presente em todas as Unidades da Federação. A sua duração é por prazo indeterminado”.

A ASIBAMA NACIONAL atua há mais de 5 anos em âmbito nacional e a lista de associados em anexo (com nome, CPF e endereço) comprova a sua representação de mais de 5.000 servidores associados em TODAS as 27 unidades da federação (**Doc. 15**).

Além disso, a ASIBAMA NACIONAL apresenta, agora, provas incontestes de que representa toda a Categoria dos servidores públicos ambientais federais.

Em 1º lugar, a ASIBAMA NACIONAL teve a sua **representatividade nacional reconhecida pelo plenário do STF ao julgar a ADI nº 4.029** no dia 07/03/2013, inclusive com amparo do *Parquet* Federal (**Doc. 6**).

Em maio de 2010, acórdão prolatado pelo Colendo STJ, na PET nº 7.883/DF, declarou a competência do STJ para decidir greves de âmbito nacionais. Naquela lide de âmbito nacional, a ASIBAMA NACIONAL era justamente uma das partes (**Doc. 7**) defendendo novamente toda a Categoria dos servidores públicos federais ambientais integrantes da Carreira de Especialista em Meio Ambiente que congrega os servidores do MMA, IBAMA e ICMBio.

Outros 2 (dois) documentos provam a abrangência nacional da Associação autora. Duas greves nacionais, em 2010 e em 2008 (**Docs. 4 e 5**), terminaram com acordos e em ambas **o Governo Federal negociou diretamente com a ASIBAMA NACIONAL** os direitos e a reposição dos dias parados dos servidores grevistas em âmbito nacional.

Logo, está demonstrada a amplitude nacional da autora na defesa de toda a Categoria dos servidores ambientais federais pelo país.

Finalmente, a jurisprudência desta Suprema Corte exige a pertinência entre os fins da entidade e o objeto da ação direta. A Lei impugnada limita e afeta gravemente o funcionamento dos entes da União que fazem a proteção federal do meio ambiente (IBAMA, ICMBio e MMA) com repercussões diretas para os seus servidores, bem como diminui consideravelmente a preservação do meio ambiente.

Os incisos I, II, III, VI e X do art. 3º do Estatuto da autora comprovam a pertinência temática ambiental e institucional, uma vez que estão entre as suas finalidades: a defesa dos interesses coletivos; o fortalecimento, a unidade e a defesa dos órgãos federais executores da Política Nacional do Meio ambiente; a preservação do meio ambiente, bem como a representação judicial para tanto.

III – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – ALTERAÇÃO DE CONTEÚDO NO SENADO FEDERAL SEM RETORNO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS

De forma inaugural, a LC nº 140/2011 padece de um grave vício formal de inconstitucionalidade, pois, o Congresso Nacional não obedeceu ao processo legislativo estabelecido no parágrafo único do art. 65, da Constituição.

A lei impugnada originou-se de projeto de lei na Câmara dos Deputados (PLP 12/2003) (**Doc. 8** e **Doc. 8.1**) que, depois de sofrer alterações na Câmara, foi remetido para o Senado Federal totalmente diferente da proposta inicial (**Doc. 8.2**).

Posteriormente, o projeto de lei complementar foi enviado para o Senado Federal (PLC 01/2010) onde sofreu duas emendas tidas como de redação. Uma delas, **a Emenda do Plenário do Senado nº 2 alterou o conteúdo do § 3º, do art. 17.**

A mudança foi graficamente pouca, mas o conteúdo foi sim alterado, perceba:

Texto aprovado pela Câmara dos Deputados e submetido ao Senado:

*“§ 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, sendo nulo o auto de infração ambiental lavrado por órgão **que não detenha** a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput” (**Doc. 8.2**).*

Texto aprovado pelo Senado com a modificação pela 2ª Emenda e sancionado pela Exma. Sra. Presidente da República:

*“§ 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão **que detenha** a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput” (**Doc. 9**).*

Com efeito, uma vez **alterado o conteúdo da norma no Senado**, onde houve muito mais do que um simples ajuste de redação, o PLC 01/2010 deveria ter retornado para a Câmara dos Deputados aferir e votar a alteração realizada, nos termos do parágrafo único do art. 65, da Constituição. Todavia, isso não ocorreu.

A norma constitucional invocada não é uma norma de procedimento legislativo *interna corporis* que foge da análise desta Suprema Corte. O retorno à casa iniciadora é uma norma do processo legislativo previsto **na própria Constituição** que, obviamente, deve ser obedecida, sob pena de inconstitucionalidade formal da Lei.

O art. 65 da Constituição dispõe:

“Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”
(destacamos).

A tramitação do PLC 01/2010 no Senado Federal registrou a manifestação do **Senador Randolfe Rodrigues que pediu o retorno do Projeto de Lei para a Câmara dos Deputados justamente em razão da alteração de conteúdo** no § 3º, do art. 17, da Lei ora impugnada.

Como a sua manifestação não foi acolhida, **o Senador pediu o registro da existência de vício de inconstitucionalidade**, confira (**Doc. 10.1**):

“26/10/2011

ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Situação:

APROVADA

*Anunciada a matéria, a Presidência comunica ao Plenário que o Parecer nº 1.187, de 2011-CCJ, relatora Senadora Kátia Abreu, é favorável. A seguir, é proferido pelo Senador Romero Jucá o Parecer nº 1.188, de 2011-PLEN, em substituição às Comissões de Agricultura e Reforma Agrária; e de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, concluindo favoravelmente ao projeto com a **apresentação das Emendas nºs 1 e 2-PLEN, de redação**. O Senador Randolfe Rodrigues suscita Questão de Ordem a respeito da qualificação da Emenda nº 2-PLEN como sendo de "redação"; tendo a Senadora Marta Suplicy, no exercício da Presidência, respondido; após manifestação do Senador Demóstenes Torres, como representante da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, pela regimentalidade, juridicidade e constitucionalidade da referida emenda. **O Senador Randolfe Rodrigues solicita que seja consignada sua reiteração à respeito da existência de vício de constitucionalidade no que se refere à Emenda nº 2-PLEN**. Discussão encerrada sem apresentação de novas emendas perante a Mesa.*

*Aprovado o projeto, ressalvadas as emendas, com o seguinte resultado: Sim 49, Não 07, Abst. 01, Total 57; tendo usado da palavra os Senadores Kátia Abreu, Waldemir Moka, Rodrigo Rollemberg, Sérgio Souza, Flexa Ribeiro e Antonio Carlos Valadares. **Aprovadas, em globo, as Emendas nºs 1 e 2-PLEN, de redação**, com o seguinte resultado: Sim 53, Não 02, Abst. 01, Total 56; tendo usado da palavra os Senadores Romero Jucá, Randolfe Rodrigues e Rodrigo Rollemberg.*

Aprovada a redação final do projeto, com o voto contrário do Senador Randolfe Rodrigues. (Parecer nº 1.189, de 2011-CDIR) À sanção” (Doc. 10,1).

As opiniões do Senador e da Associação autora não estão isoladas. Foi a **própria AGU quem afirmou** no seu Parecer nº 771/2011, da Consultoria-Geral da União:

*“71. O § 3º, do art. 17, além da inconstitucionalidade material, conforme observado no item anterior, **também padece de inconstitucionalidade formal**, porquanto foi objeto de emenda de mérito, no Senado Federal, avaliada como emenda de redação” (Doc. 12, destacamos).*

Portanto, a LC nº 140/2011 deve ser declarada inconstitucional pela existência de vício formal na sua constituição.

IV – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Mesmo que assim não se entenda, a LC nº 140/2011 também abriga vícios materiais de constitucionalidade que a tornam inteiramente inconstitucional por arrastamento ou, pelo menos, dos artigos citados a seguir.

IV.A) Breve introdução sobre o estado atual de preocupação com o meio ambiente

Antes de discorrer sobre as inconstitucionalidades, é oportuno fazer uma pequena retrospectiva histórica sobre o tamanho da crise ambiental que a humanidade está enfrentando.

A magnitude da crise ambiental foi escancarada há quase 40 anos na “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano” realizada em junho de 1972, em Estocolmo, na Suécia. Na mesma época, o livro “Limites do Crescimento”, também conhecido como Relatório Meadows, chocou o mundo ao apresentar fundamentos científicos de que os recursos naturais da Terra eram comprovadamente finitos e que há limites claros para o crescimento da humanidade como: o crescimento populacional, o tamanho das reservas de recursos naturais, a capacidade de produção de alimentos, a poluição e a intensidade do consumo.

Em 1983, a Assembléia Geral das Nações Unidas encomendou um relatório próprio e deixou a sua coordenação com a ex Primeira Ministra da Noruega, Sra. Gro Harlem Brundtland. O Relatório Brundtland, também conhecido como “Nosso Futuro Comum” confirmou, em 1987, de uma forma mais polida, que o Planeta estava realmente imerso em uma grande crise ambiental e que era preciso encontrar urgentemente alternativas às tradicionais formas de crescimento.

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas para o meio ambiente foi realizada no Rio de Janeiro em um clima de otimismo entre inúmeros chefes de Estado. Havia a esperança de que os problemas ambientais seriam finalmente tratados com mais seriedade. Na Conferência, foram abertas as assinaturas para as Convenções sobre Biodiversidade, Desertificação e Mudanças Climáticas, bem como foi feita uma carta de princípios e um documento chamado Agenda 21.

Dez anos depois, em 2002, a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento Sustentável em Johannesburg mostrou ao mundo que a humanidade tinha avançado muito pouco na proteção do meio ambiente e que a crise ambiental se agravou.

A literatura ambiental especializada produzida para e a partir Johannesburg 2002 (Maria H. Ivanova)¹ aponta que o otimismo da Rio 92 acabou e a crise, agora, é também de governança ambiental, pois, apesar de evidentes, a humanidade não consegue se articular para resolver os problemas ambientais.

Aqui cabe outra reflexão histórica sobre a LC nº 140/2011. A nova Lei é problemática na estipulação de mecanismos para a proteção do meio ambiente, o que mostra quão grave é a **crise de governança ambiental**.

O leitor mais afastado do tema ambiental pode achar que o tempo solucionará naturalmente tais entraves jurídico-burocráticos. Acabando com esse otimismo, James Lovelock, cientista americano de primeira grandeza, afirma de forma muito assertiva que a humanidade está na iminência de destruir o próprio Planeta de forma irreversível e que **somos incrivelmente lentos para enxergar os grandes perigos que ameaçam a nossa civilização**²:

*“Agora que somos mais de 6 bilhões de indivíduos famintos e vorazes, todos aspirando a um estilo de vida de Primeiro Mundo, nosso modo de vida urbano avança sobre o domínio da Terra viva. Consumimos tanto que ela já não consegue sustentar o mundo familiar e confortável a que nos habituamos. Agora ela está mudando, de acordo com suas próprias regras internas, para um estado em que já não somos mais bem-vindos. A humanidade, totalmente desesperada por suas tradições humanistas enfrenta o seu maior teste”*³.

A discussão sobre a inconstitucionalidade da LC nº 140/2011 se faz justamente durante este período de teste da humanidade (a que se referiu Lovelock), problema para o qual muitos ainda não despertaram. O tempo urge!

A 10ª Conferência das Partes em COP realizadas em outubro de 2010, em Aichi-Nagoya-Japão avaliou as metas da ONU relativas à proteção do meio ambiente entre 2002-2010 e também concluiu que a situação piorou.

Na oportunidade, **o próprio Secretário Geral ONU BANKi-moon reconheceu**: *“se não se corrige rapidamente este fracasso coletivo, as consequências serão graves para todos”*⁴ (destacamos).

Assim, a Constituição e a fratura constitucional exposta a seguir devem ser interpretadas nesse contexto de crise, preocupações e esforços globais para com o meio ambiente.

¹ ESTY, Daciél C. e IVANOVA, Maria H. Governança ambiental global: opções e oportunidades. – São Paulo : Editora Senac São Paulo, 2005..

² LOVELOCK, James. A vingança de gaia. – Rio de Janeiro : Intrínseca, 2006, p. 22.

³ Ibidem, p. 20.

⁴ Tradução livre, p. 3, in Panorama da Biodiversidade Global 3. 2010, UNEP MMA
<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=72&idConteudo=9836>

IV. B) Ponto de partida da inconstitucionalidade material da LC nº 140/2011 – A obrigação imposta no art. 225 para proteger o meio ambiente não permite o fracionamento privativo de atribuições do Poder Público para a defesa ambiental

A Constituição Federal de 1988 garantiu direitos importantes como de saúde, de consumo, de propriedade, de dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para que tudo isso ocorra, é preciso haver um meio ambiente saudável que dê condição de existência a todos esses direitos.

A preocupação com o direito ao meio ambiente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida é a razão elementar do art. 225, da Constituição que, em total sintonia com os princípios do direito ambiental FINCA, na cabeça do art. 225, o **DEVER de TODOS**, públicos e particulares, para com o encargo de proteger o meio ambiente para as futuras gerações.

O art. 225, da Constituição Federal assevera:

“Art. 225. 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” (destacamos).

De forma inaugural, todos os operadores do direito ambiental, nacionais ou estrangeiros, são unânimes em afirmar que a cooperação/participação de todos para proteger o meio ambiente é um dos princípios do direito ambiental.

A imposição constitucional ao Poder Público e à coletividade de proteger o meio ambiente está em sintonia com o princípio da cooperação em que todos, sem exceção, estão imbuídos do dever de defender os recursos ambientais elementares ao direito à vida.

Com efeito, é preciso concluir esta explanação inicial com dois grandes balizamentos.

Primeiro, o breve relato acima sobre a evolução da crise ambiental evidencia que ontologicamente todos estamos naturalmente envolvidos com os problemas ambientais. Essa solidariedade natural ocorre, porque os benefícios do meio ambiente equilibrado são comuns, assim como os prejuízos e os fracassos.

Segundo, a cabeça do art. 225 da Constituição consagrou o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado que sustenta a vida e impõe a todos o dever de preservá-lo conjuntamente.

Somadas essas duas balizas, **a realidade natural e a realidade jurídica formam um sólido e abrangente DEVER de COOPERAÇÃO que IRRADIA da cabeça do art. 225, da Constituição.**

Entretanto, sob o pretexto de exercer a competência regulamentar do parágrafo único do art. 23 da Constituição, a LC nº 140/2011 agride violentamente o princípio e o dever constitucional da cooperação quando, em vários dispositivos, isola, limita e segrega competências ambientais de fiscalização (uma forma de proteção do meio ambiente) em um ou outro ente federativo. Trata-se de um verdadeiro rebaixamento da proteção ambiental.

O cerne da inconstitucionalidade mais grave da presente ação passa pela compreensão do que significa e a amplitude da imposição ao “*Poder Público*” na cabeça do art. 225, da Constituição.

A lei infraconstitucional não pode limitar a atuação do Poder Público onde a Constituição (art. 225) não restringiu.

Ao dizer “*impondo-se ao Poder Público*”, o art. 225 da Constituição obrigou TODOS os entes federativos de fazerem a proteção ambiental e NÃO estabeleceu hierarquias, restrições ou vedações entre eles.

Além de esvaziar as atribuições da União, a LC nº 140/2011 não discorreu sobre como as competências comuns dos incisos III, VI e VII, do art. 23 seriam exercidas. Diversamente, a LC 140/2011 ignorou o federalismo cooperativo e dividiu atribuições de forma privativa em flagrante agressão ao princípio da cooperação e do significado da palavra comum prevista na cabeça do art. 23 constitucional.

Prossigamos, com a análise tópica das inconstitucionalidades:

IV. C) Inconstitucionalidade do art. 17, cabeça e §§ 2º e 3º, da LC nº 140/2011

O artigo 17 dispõe:

*“Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, **lavar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.** [...]”*

*§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar **medidas** para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.*

*§ 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, **prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput**” (destacamos).*

Antes de discorrer sobre as inconstitucionalidades do art. 17, é preciso entender como funciona a nova sistemática de licenciamento e fiscalização trazida pela LC nº 140/2011.

As novas atribuições de cada ente federativo foram descritas nos arts. 7º, 8º, 9º e 10º, da LC nº 140/2011, sendo que as da União estão no art. 7º, as dos Estados estão no art. 8º, as dos Municípios estão no art. 9º e as do Distrito Federal estão no art. 10 (que remete às competências descritas nos arts. 8º e 9º).

As competências para fiscalizar e licenciar da União estão nos incisos XIII e XIV, do art. 7º; as competências para fiscalizar e licenciar dos Estados estão nos incisos XIII e XIV, do art. 8º; e as competências para fiscalizar e licenciar dos Municípios estão nos incisos XIII e XIV, do art. 9º.

A cabeça do art. 17 limita apenas “ao órgão responsável PELO LICENCIAMENTO ou autorização” a responsabilidade de “lavar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental”.

Ou seja, cada ente federativo passou a ter atribuições estanques de licenciamento e o art. 17 vinculou a apuração da infração à legislação ambiental apenas ao órgão licenciador. Assim, conclui-se que os demais entes federativos estão excluídos da proteção ambiental.

É dizer, a LC nº 140/2011 estabeleceu que o poder de polícia ambiental (fiscalização) passou a estar rígido e atrelado à competência do ente federativo para licenciar.

A rigidez da nova forma de licenciamento foi assim definida pela própria Exma. Sra. **Ministra do MMA**, Sra. Isabela Teixeira:

“O Projeto de Lei Complementar – PLC, recém-aprovado pelo Congresso Nacional e em vias de sanção pela Exma. Sra. Presidenta da República, modifica, em profundidade, e ENGESSA o regime atual de licenciamento/fiscalização/punição, nomeadamente no campo do desmatamento ilegal.

A regra de ouro do PLC é a vinculação da competência administrativa para fiscalizar e punir à competência para licenciar: só pode fiscalizar e punir administrativamente o desmatamento ilegal o titular do poder para autorizar o desmatamento: e só tem poder para autorizá-lo quem tiver competência para licenciar o empreendimento ou atividade” (Doc. 13, negrito no original destaque nosso)

A limitação do poder fiscalizatório da União sobre danos ambientais está claramente disposta no inciso XIII, art. 7º, da LC nº 140/2011:

“Art. 7º São ações administrativas da União:

[...]

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida à União;” (destacamos).

Por sua vez, as atividades sujeitas ao licenciamento da União e, conseqüentemente, passíveis de fiscalização pela União são:

“Art. 7º São ações administrativas da União:

[...]

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

- b) **localizados** ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;*
- c) **localizados** ou desenvolvidos em terras indígenas;*
- d) **localizados** ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);*
- e) **localizados** ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;*
- f) de **caráter militar**, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;*
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor **material radioativo**, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou*
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, **a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional**, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;” (destacamos).*

A análise das novas competências de licenciamento previstas no inciso XIV, do art. 7º, da LC nº 140/2011 revela que a União perdeu atribuições e, diferentemente do que vigorava até então no § 4º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81, a competência da União foi desatrelada da significância do impacto ambiental.

A nova Lei rompeu com a idéia de que competia à União zelar por danos com significativo impacto nacional e, em seu lugar, apareceu um rol restrito de hipóteses.

Além de romper com um sistema vigente por mais 30 anos, o art. 17, da LC nº 140/2011 viola a cabeça do art. 225, da Constituição. Vejamos.

A divisão das atribuições de fiscalização do art. 17, da LC nº 140 é inconstitucional, porque viola o princípio da cooperação/participação que propugna que todos devem proteger o meio ambiente.

De forma objetiva, **O ART. 17 VIOLA A CABEÇA DO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO**, pois, a obrigação/dever constitucional do Poder Público de proteger o meio ambiente compete/compreende TODOS os entes federativos, sendo que a limitação da defesa ambiental a um ente e o tolhimento da atuação fiscalizatória dos demais viola o espírito da cooperação irrestrita prevista no art. 225.

A Lei Complementar **NÃO** pode restringir a atuação do Poder Público onde a Constituição (no art. 225) não restringiu.

O Poder Público deve ser entendido como a união de toda a estrutura administrativa de todos os entes públicos. E o art. 225 atribuiu ao Poder Público (como um todo) e não de forma segmentada, o ônus estatal de proteger o meio ambiente.

O ART. 17, TAMBÉM VIOLA O ART. 23, DA CONSTITUIÇÃO, pois, a atuação segmentada afronta a **ESSÊNCIA** do próprio art. 23 que fixa competências comuns e **NÃO EXCLUDENTES**. Como uma proteção que é comum pode ser atribuída a um único ente federativo?

A LC nº 140/2011 transformou competências comuns (incisos III, VI e VII, do art. 23) **em competências privativas**, subvertendo o norte valorativo e a viga mestra do comando constitucional de que deve haver cooperação e a ação conjunta de todos os entes federativos para alcançar as finalidades ambientais ali elencadas.

O problema é muito grave e não se circunscreve à inação da União quando verificar um dano ambiental de competência dos Estados, DF e Municípios. De forma reversa, há inconstitucionalidade quando os Estados, DF e Municípios estão vedados de exercerem seus plenos poderes de polícia ambiental em caso de identificarem danos de competência da União ou de qualquer outro ente federativo.

Definitivamente, a segregação é inconstitucional, pois a obrigação imposta no art. 225 para proteger o meio ambiente não permite o fracionamento privativo de atribuições do Poder Público para a defesa ambiental

Segundo a nova sistemática (aplicação do art. 17 com as limitações do art. 7º, XIV e art. 20 que revoga os §§ 3º e 4º da Lei nº 6.938/81) se, exemplificadamente, a União presenciar alguma infração ambiental que está fora da sua competência e que deveria ter sido objeto de licenciamento de outro ente federativo⁵, a União não terá como exercer seu pleno poder administrativo de polícia.

Novamente, **é a própria Exma Sra. Ministra do MMA quem externa a preocupação** com a compartimentação de competência:

“A regra geral, então, repita-se, é a seguinte: a competência para fiscalizar e punir depende da competência para autorizar o desmatamento, a qual, por sua vez, está sujeita à competência para licenciar a atividade ou empreendimento.

Se à União cabe autorizar desmatamento nas poucas hipóteses do PLC, e se somente a quem tem competência para licenciar se atribui o poder de fiscalizar e punir, pode-se afirmar que:

- a) Serão ilegais as megaoperações federais de fiscalização ambiental, ocorridas periodicamente na Amazônia;*
- b) Realizá-las, em particular quando inexistir concordância expressa do Estado para tal, em tese caracterizaria improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, e grave infração disciplinar, consoante o art. 227, I e IV, com pena de demissão, nos termos do art. 239, todos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-Lei 1.713/39);” (Doc. 13, destacamos)*

Preocupada, com a inconstitucionalidade da fragmentação de competências, **a AGU também sugeriu o veto do art. 17** para a Exma. Sra. Presidente da República:

“70. Enfim, na mesma linha do que foi dito em relação ao art. 7º, XIII; 8º, XIII e 9º XIII, deve ser vetado o art. 17 na sua integralidade, eis que agressivo à Constituição Federal, por restringir competências dos entes federativos, como também por ser deficiente na técnica legislativa, trazendo dúvida e insegurança judiciária, potencializando demandas judiciais” (Doc. 12, destacamos).

⁵ Como a autorização de supressão de vegetação que cabe aos Estados (XVI, do art. 8º, da LC nº 140/2011) ou aos Municípios (alínea “b”, do inciso XV, do art. 9º, da LC nº 140/2011).

Este Pretório Excelso já teve a oportunidade de tangenciar o tema. Na **ADI nº 2.544** houve o pronunciamento de que o regramento do parágrafo único do art. 23, da Constituição NÃO pode alijar os demais entes responsáveis pela tutela do bem constitucional. A inconstitucionalidade ora aventada é semelhante e devemos nos abeberar nas palavras do próprio Ministro Sepúlveda Pertence que disse:

"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. Lei estadual 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23, CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/1961), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, NÃO ABRANGE O PODER DE DEMITIREM-SE A UNIÃO OU OS ESTADOS DOS ENCARGOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DOS BENS de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios." (ADI nº 2.544. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 17-11-2006, destacamos).

A redução no poder fiscalizatório dos entes federativos também viola o entendimento da Corte Suprema, conforme decidido na **ADI nº 3540**. Nesse precedente, o Exmo. Ministro CELSO DE MELO firmou o postulado da solidariedade decorrente do art. 225 da Constituição e evidenciou que **o dever de cuidar do meio ambiente é solidário e é irrenunciável**:

***"MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS [...] Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse ENCARGO, 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"** (ADI nº 3540*

MC. / DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 03-02-2006, destacamos).

Assim, diante do ônus da solidariedade, os entes federativos não podem dividir tarefas e renunciar ao encargo de proteger o meio ambiente!

A LC nº 140/2011 tentou contornar o problema da fragmentação da atuação do Poder Público por meio dos §§ 2º e 3º, do art. 17 (transcritos acima). Entretanto, as medidas dos §§ 2º e 3º são paliativas e contêm graves problemas que mantêm a inconstitucionalidade da cabeça do artigo.

INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º, DO ART. 17. A permissão (no § 2º) para qualquer ente federativo “*determinar medidas*” para evitar o dano ambiental e comunicar o órgão competente para as providências cabíveis não sana a inconstitucionalidade do artigo, pois, o poder de polícia ambiental já foi substancialmente enfraquecido na cabeça do artigo, violando o entendimento de larga abrangência do dever de proteção estatal.

Ademais, permitir aos entes federativos a adoção de “*medidas*” sem poder lavrar auto de infração e instaurar procedimento administrativo tolhe substancialmente a autoexecutoriedade do ato administrativo. Definitivamente, isso é um rebaixamento da proteção ambiental que não condiz com a amplitude da atuação do Poder Público prevista na cabeça do art. 225 nem com a cooperatividade prevista no art. 23.

A Exma. Sra. **Ministra do MMA**, Isabela Teixeira comunga da problemática do § 2º, do art. 17, da LC nº 140/2011 dizendo:

*“[...] sua redação parece indicar que a atuação da União somente será admitida quando “tiver conhecimento do fato” antes do órgão estadual, tanto que deve fazer comunicação “imediatamente ao órgão competente”. Se essa for a compreensão que venha a prevalecer, **basta ao estado instaurar procedimento investigatório para impedir a atividade fiscalizadora da União**, subordinando-se à atuação das Unidades da Federação” (Doc. 13, destacamos).*

Assim, mesmo que o ente federativo não competente para fiscalizar o dano ambiental se esforce e adote “medidas” (que a Lei não disciplina quais) para evitar o dano ambiental, as medidas serão efêmeras e durarão até o ente federativo competente iniciar um processo administrativo sobre a ocorrência.

Ocorre que as “medidas”(atuação) do ente não competente podem ser mais eficazes que a ação do ente competente. Neste caso a LC abre margem para a continuidade de um dano ambiental, sob o argumento da divisão de competências, e impede (anula) a medida mais eficaz do ente não competente, o que é um absurdo.

É dizer, mesmo que a atuação do ente federativo competente **não** seja suficiente ou **não** consiga evitar o dano ambiental, a medida adotada pelo outro ente federativo atuante cessará por incompetência e **pode ocorrer dano ambiental mesmo sobre os protestos dos outros entes que nada poderão dizer a respeito ou interferir** na condução do processo pelo ente federativo competente.

Ainda em outras palavras, o § 2º permite a adoção de “*medidas*” até a atuação do ente federativo competente. Contudo, se o ente federativo instalar processo e o dano persistir, os demais entes federativos estão de mãos atadas e nada poderão fazer em evidente afronta ao art. 225, da Constituição.

Até agora, o poder de polícia ambiental era exercido de tal forma que a omissão ou deficiência de um ente federativo era coberta pela atuação do outro ente federativo, sendo que, no fim da pirâmide, o IBAMA (como um dos órgãos executores da política ambiental federal da União – inciso III, do art. 2º, da Lei nº 7.735/89) poderia agir de forma supletiva quando todos os demais Poderes Públicos eventualmente falhassem.

Essa proteção sistemática foi aniquilada pela LC nº 140/2011 (revogação do § 3º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81, vide item IV.H desta peça) o que cepa fortemente as mãos da União. Conforme já explicado, de forma reversa, os demais órgãos ambientais estaduais e municipais também foram tolhidos reciprocamente.

INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º, DO ART. 17. O disposto no § 3º, do art. 17 tampouco ameniza a inconstitucionalidade do art. 17. O § 3º faz prevalecer “*o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput*”. Ora, qual é a finalidade e a efetividade de um poder de polícia ambiental que, se executado por outro órgão, sabe-se que não terá efeito algum?

A realidade no nosso imenso país é a de que não há fiscalização suficiente, o que torna toda e qualquer fiscalização realizada muito mais importante. Se o infrator já sabe que um determinado órgão pode autuar e que a sua autuação não prevalecerá, isto atenta contra a autoexecutoriedade, a eficiência do ato administrativo e a efetividade da proteção pública ambiental.

Do ponto de vista dos órgãos ambientais dos Poderes Públicos também haverá um **desestímulo ao planejamento e realização de operações de fiscalização** para coibir um dano ambiental evidente, mas da competência de **outro** ente federativo.

Outra situação decorrente da LC nº 140/2011 é que o órgão ambiental competente pode sequer aparecer para reautuar o infrator já autuado pelo órgão ambiental do ente incompetente o que perpetuará no tempo uma “medida” administrativa (do ente incompetente) feita para ser provisória.

A mesma banalização do poder de polícia ambiental ocorre quando um órgão autuar e, em seguida, o órgão ambiental do ente federativo competente fizer a mesma autuação reduzindo penalidades. Definitivamente, a sistemática trazida pelo art. 17 é uma trapalhada em termos de proteção ambiental o que leva inexoravelmente à inconstitucionalidade desse artigo.

Devido às dimensões continentais deste país, é impossível que cada parte do Poder Público (ente federativo) se faça presente em todos os cantos para fiscalizar e proteger a parte do meio ambiente que lhe foi atribuída segundo a malfadada Lei Complementar. **É preciso, então, otimizar a ação do Poder Público que se fizer presente na constatação de um dano ambiental** em razão da solidariedade entre os entes federativos no dever de proteção a que se refere a cabeça do art. 225, da Constituição.

Mais uma vez, é o próprio Exmo. Sr. Presidente do IBAMA quem reconhece a necessidade da atuação nacional da União em todo o território:

“[...] a falta de estrutura e de pessoal dos órgãos estaduais de meio ambiente para um efetivo controle do desmatamento ilegal e [...] exigem que o Governo Federal continue a atuar firmemente no combate aos ilícitos ambientais em todo o território nacional” (Doc. 11, fl. 5, destacamos).

Com efeito, a atuação do Poder Público na esfera ambiental, segundo o próprio art. 225 precisa ser incluído, comum, cooperativa e NÃO excludente !!!

Sem medo de ser enfadonho, a necessidade de regulação complementar das atividades de fiscalização e proteção ambiental não pode atropelar a essência do que é uma competência comum e não pode atropelar o dever abrangente do Poder Público (como um todo) de proteger o meio ambiente.

O § 3º, DO ART. 17, DA LC Nº 140/2011 TAMBÉM VIOLA O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PREVISTO NA CABECA DO ART. 37.

Em vez de haver um processo sobre para cada infração ambiental, **o § 3º, do art. 17, permite que haja até 3 (três) processos idênticos sobre o mesmo fato** (decorrentes de autuações de um órgão ambiental Municipal, Estadual e Federal) **em evidente DUPLICAÇÃO ou TRIPLICAÇÃO de autuações, processos e defesas, sendo que apenas um processo prevalecerá.** Ao final, têm-se gastos enormes que serão perdidos por todos os envolvidos.

O Poder Público perde com a movimentação de processos que não prevalecerão para punir o infrator e o administrado perde por formular defesas em processos sabidamente propensos à extinção quando lavrados por órgão ambiental de um ente incompetente. Logo, o princípio constitucional da eficiência resta violentamente agredido.

Por outro ângulo, **O § 3º, DO ART 17, DA LC Nº 140/2011 VIOLA OS INCISO LIII E LIV, DO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO.** Mais precisamente, o § 3º afronta a segurança jurídica, o devido processo legal (arts. 5º LIV) e o princípio de que ninguém será processado senão pela autoridade competente (art. 5º LIII).

Como visto, o § 3º, do art. 17, da LC nº 140/2011 permite que um ente federativo (mesmo incompetente) autue o infrator, vindo a prevalecer a autuação do órgão ambiental do ente federativo competente. Com efeito, tal proceder permite a instauração de um processo absolutamente instável, inseguro, condicional e indevido.

O § 3º, do art. 17 permite que haja um **processo administrativo com existência condicional** até que o ente federativo competente decida autuar e processar o infrator. Nesse intervalo, o autuado será processado por autoridade administrativa incompetente o que viola o inciso LII, do art. 5º, da Constituição.

As incertezas são tantas que o processo movido pelo órgão ambiental do ente federativo incompetente **afronta o princípio da proteção da confiança**, mais especificamente a dimensão subjetiva da segurança jurídica. Não há como sustentar que há segurança jurídica em uma norma que permite haver a triplicidade de processos administrativos (federal, estadual e municipal) sobre o mesmo dano ambiental.

O jurisdicionado tem o direito subjetivo de ter segurança em saber de qual processo deve se defender e, havendo decisões no processo conduzido pelo ente federativo incompetente, o jurisdicionado tem o direito subjetivo de ter segurança na validade daquela decisão que o absolveu ou o condenou.

De forma certa e precisa, o Exmo. Sr. Min. **Luiz Fux** repudia o comportamento contraditório do Estado dizendo:

“O princípio da proteção da confiança, imanente ao nosso sistema constitucional, visa a proteger o indivíduo contra alterações súbitas e injustas em sua esfera patrimonial e de liberdade, e deve fazer irradiar um direito de reação contra um comportamento descontínuo e contraditório do Estado”⁶.

O processo conduzido pelo ente federativo incompetente igualmente se **distancia do devido processo legal** (formal ou material). Isso porque o autuado se defenderá em processo transitório, imperfeito e até incerto quanto aos efeitos da coisa julgada administrativa.

A LC nº 140/2011 atinge as duas facetas do devido processo legal administrativo.

O sentido formal do devido processo legal foi atingido, porque foram violadas as garantias processuais mínimas do administrado. O § 3º, do art. 17 viola o direito ao procedimento adequado com todos os rituais inerentes. De forma sintética, o uso da garantia processual de todos os meios de defesa existentes passa pelo direito de ser processado administrativamente uma única vez por cada infração.

O devido processo legal material ou substantivo foi violado, porque o conteúdo de uma decisão administrativa proferida por um órgão ambiental de um ente federativo incompetente não é minimamente razoável ou adequado.

Portanto, o § 3º do art. 17 viola o devido processo legal (art. 5º LIV), a segurança jurídica, a proteção da confiança, bem como afronta o comando constitucional de que ninguém será processado senão pela autoridade competente (art. 5º LIII).

Como visto, a celeuma constitucional do § 3º, do art. 17, abre a possibilidade de o infrator ser autuado por 2 (dois) outros entes federativos além daquele realmente competente. Além de ser um procedimento ineficiente, a possibilidade de sobreposição de autuações aprofunda a crise do devido processo legal administrativo.

Foquemos, agora, a atenção na implicação de haver uma dupla autuação por órgãos ambientais de entes federativos **incompetentes** para fiscalizar o dano ambiental.

Exemplificando, o § 3º, do art. 17 permite que se o licenciamento de uma determinada atividade for de competência Municipal, a União e o Estado podem lavrar autos de infração cuja validade está condicionada à inércia do órgão ambiental competente (no caso, Municipal).

⁶ STF – Item 15 do voto do Min. Luiz Fux no RE nº 633.703/MG publicado em 18/11/2011, destacamos.

Nessa hipótese. **Qual processo administrativo deverá prevalecer se os dois entes federativos são incompetentes para lavrar a autuação ambiental?** A Constituição não pode compactuar com tamanha aberração jurídica! Definitivamente, o § 3º, do art. 17 causa instabilidade jurídica, atenta contra a eficiência da administração e obviamente afronta o devido processo legal.

A Exma. Sra. **Ministra do MMA** se pronunciou sobre os efeitos deletérios do § 3º, do art. 17, da seguinte forma:

“Evidente que este parágrafo 3º nada acrescenta ao sistema geral do PLC, sendo mesmo incompatíveis suas primeira e segunda partes, pois, naquela, ressalva-se a fiscalização decorrente de “atribuição comum” para, em seguida, dizer que, nesses casos, prevalecer “o auto de infração lavrado por órgão que tenha atribuição de licenciamento ou autorização”.

Ou seja, dá-se com uma Mão, retira-se com outra: se só há UM órgão que detém “a atribuição de licenciamento ou autorização a que refere o caput”, inexistente “atribuição comum”!!

Tudo com a agravante de insinuar que o auto de infração instaurado pela União será nulo (“prevalecendo”), o que terá sérias repercussões no campo da prescrição administrativa” (Doc. 13).

Noutro giro, o enfraquecimento advindo com a restrição imposta pelo art. 17 (cabeça e §§ 2º e 3º) atinge o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado e representa um rebaixamento do nível de proteção ambiental.

Segundo a doutrina mais abalizada, **O RETROCESSO EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO AMBIENTAL INAUGURA UMA INCONSTITUCIONALIDADE.**

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho afirma em sua obra intitulada “Direito Constitucional ambiental Brasileiro”:

“A responsabilidade de longa duração pressupõe a obrigatoriedade não apenas de o Estado adoptar medidas de proteção adequadas mas também o dever de observar o princípio de nível de proteção elevado quanto à defesa dos componentes ambientais naturais”⁷.

Na mesma obra, Patryck de Araújo Ayala afirma:

*“Se dos Estados-membros se exige que exerçam as suas capacidades legislativa no sentido de concretizar deveres estatais de proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correspondentes, **iniciativas que proponham outra realidade nos planos normativo e fático devem ser consideradas inconstitucionais**. Devem ser assim consideradas porque veiculariam, necessariamente, iniciativas retrocessivas ou hipóteses de proteção deficiente”⁸.*

⁷ LEITE, José Rubens Morato Leite e outros. Direito constitucional ambiental brasileiro. 4ª edição – São Paulo : Editora Saraiva, 2011, p. 27.

⁸ Ibidem p. 408.

Definitivamente, a LC nº 140/2011 causa rebaixamento generalizado no nível de proteção ambiental.

Mais uma vez, é o próprio Exmo. Sr. **Presidente do IBAMA** quem alerta para um retrocesso ambiental:

“O referido instrumento, Senhora Ministra, apresenta alguns dispositivos que prejudicam a defesa do meio ambiente, principalmente em razão da limitação do poder de polícia atribuído ao órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

A garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa uma das maiores conquistas da Constituição Federal de 1988 e, para assegurá-la, a atuação do poder público prevista no caput do art. 225, não estabelece limitações aos diferentes entes federativos.

A atuação conjunta dos órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, é garantia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. E a ação supletiva é um dos pilares deste sistema nacional, garantido a presença do poder público na ausência de qualquer um dos entes federados na defesa de um bem comum e indisponível.

No entanto, o Projeto de Lei sob comento, no art. 7º, XIII e no art. 17º, suprime a competência supletiva consagrada na legislação ambiental federal, afastando a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios prevista no parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal. [...]

LIMITAR A ATUAÇÃO DE UM DOS ENTES DA FEDERAÇÃO na defesa do meio ambiente SIGNIFICA UM RETROCESSO na defesa da vida com qualidade e dignidade que somente um meio ambiente ecologicamente equilibrado proporciona.

[...]” (Doc. 11, pela Nota Técnica nº 06/2011/GAB/PRESID/IBAMA, destacamos)

Sob tais constatações, o art. 17 da LC nº 140/2011 é definitivamente inconstitucional.

Em resumo, o art. 17 e os §§ 2º e 3º, da LC nº 140/2011 são inconstitucionais por violar:
1) a cabeça do art. 225 da Constituição que não permite o fracionamento privativo de atribuições do Poder Público para a defesa ambiental; **2)** a cabeça do art. 23, da Constituição por transformar competências comuns em privativas; **3)** a cabeça do art. 37, da Constituição por violar o princípio da eficiência; **4)** o devido processo legal (arts. 5º LIV); **5)** o princípio de que ninguém será processado senão pela autoridade competente (art. 5º LIII), **6)** a segurança jurídica e a proteção da confiança e **7)** o entendimento doutrinário de que não se deve rebaixar o nível de proteção das normas ambientais.

IV. D) Inconstitucionalidade dos arts. 7º XIII; 8º XIII e 9º XIII, da LC nº 140/2011

Os artigos questionados dispõem:

“Art. 7º São ações administrativas da União:

[...]

*XIII – exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, **for cometida à União;**”.*

“Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

[...]

*XIII – exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, **for cometida aos Estados;**”.*

“Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

[...]

*XIII – exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, **for cometida ou Município;**” (destacamos).*

Na esteira do que já foi dito sobre a amplitude do dever solidário de proteção do Poder Público sobre o meio ambiente, os artigos em epígrafe são inconstitucionais e chocam com a cabeça do art. 225, pois eles restringem as atuações de controle e fiscalização de cada ente federativo apenas ao que lhes foi incumbido de licenciar ou autorizar.

Fora dessas hipóteses, os entes federativos estão amarrados e limitados. Se houver alguma deficiência no trabalho de algum ente federativo, o outro ente federativo está impedido de atuar na proteção do meio ambiente mesmo presenciando o dano ambiental em completa dissonância do que prevê a cabeça do art. 225, da Constituição.

Do ponto de vista federal, a compartimentação de competências ofusca o dever de solidariedade da União e acaba com a competência supletiva da União para fiscalizar, que é uma das formas mais emblemáticas de proteção ambiental..

A revogação da atuação supletiva fiscalizatória da União faz com que a cooperação dos entes federativos fique em segundo plano, o que, definitivamente, deve ser rechaçado por não ser essa a essência constitucional que se espera do Poder Público quando preceitua a atribuição comum na defesa do meio ambiente (art. 23, da Constituição).

Repita-se, até agora, o poder de polícia ambiental era exercido de tal forma que a omissão ou deficiência de um ente federativo era coberta pela atuação do outro ente federativo, sendo que, no fim da pirâmide, a União (por meio do IBAMA) poderia agir quando todos os órgãos ambientais dos demais Poderes Públicos eventualmente falhassem.

O Presidente do IBAMA comenta a perda de ação supletiva da União dizendo:

“A redação dos dispositivos da nova norma FRAGILIZA – e até IMPEDE, A ATUAÇÃO SUPLETIVA DO IBAMA no caso do desmatamento, cuja competência para licenciar é do órgão estadual de meio ambiente. Em análise muito simplista, Senhora Ministra, afastar a competência do órgão federal para reprimir o desmatamento ilegal certamente resultará num aumento significativo dessa atividade ilícita, pela própria fragilidade e falta de estrutura dos órgãos estaduais de meio ambiente para desempenhar esta função” (Doc. 11, destacamos).

A perda de competências da União com a conseqüente perda de atuação supletiva da União também gera uma instabilidade com outras normas do ordenamento jurídico brasileiro.

A União (por meio do IBAMA) age de forma supletiva na execução do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (inciso III, do art.6º, da Lei nº 9.985/2000)⁹ que trabalha com unidades de conservação federais, estaduais e municipais.

A União igualmente age de forma supletiva, pois, entre as finalidades do IBAMA, ele deve *“executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente”* (inciso III, do art. 3º, da Lei nº 7.735/89).

As duas formas citadas de atuação supletiva da União permitem com que a União interceda em questões **não** federais relativas a unidades de conservação (inciso III, do art.6º, da Lei nº 9.985/2000) e outras ainda mais genéricas (inciso III, do art. 3º, da Lei nº 7.735/89).

Com o enrijecimento das competências da União pela LC nº 140/2011, é preciso sanar o entendimento normativo e esclarecer qual é o alcance dessas permissões por leis ordinárias da União atuar de forma supletiva.

O problema é muito grave e **não** se circunscreve à inação da União quando verificar um dano ambiental de competência dos Estados, DF e Municípios.

De forma reversa, há inconstitucionalidade quando os Estados, DF e Municípios estão impedidos de proteger o meio ambiente cuja competência foi atribuída a outro ente federativo.

Em outras palavras, há inconstitucionalidade quando os Estados, DF e Municípios não têm seus plenos poderes de polícia ambiental em caso de identificarem danos de competência da União ou de qualquer outro ente federativo.

Infelizmente, essa arquitetura legal destoa da sinergia de forças entre todos os elos do Poder Público em favor da proteção ambiental, principalmente da cabeça do art. 23, da Constituição que **irradia** competências comuns e não privativas.

⁹ “Art. 6º O SNUC será gerido pelos seguintes órgãos, com as respectivas atribuições: [...] III - órgãos executores: o Instituto Chico Mendes e o Ibama, em caráter supletivo, os órgãos estaduais e municipais, com a função de implementar o SNUC, subsidiar as propostas de criação e administrar as unidades de conservação federais, estaduais e municipais, nas respectivas esferas de atuação” (grifamos).

A Consultoria da AGU detectou a **inconstitucionalidade** dos artigos em epígrafe e recomendou o veto, o qual infelizmente não foi acatado. Diz o Parecer nº 771/2011:

“38. A referida regra encontra-se em desacordo com os parâmetros da “competência comum”, eis que retira dos Estados e dos Municípios o controle e a fiscalização das “atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida à União.

39. Da forma em que se encontra redigido o art. 7º, XIII, além de contrariar a Constituição, conforme observado, também traz sérios problemas de técnica legislativa e afigurando-se por demais problemático para o Governo Federal, eis que limita sobretudo a competência do IBAMA, podendo comprometer objetivos e metas do governo, por exemplo, em termos de redução de desmatamento, do Plano Nacional de Mudanças Climáticas, de compromissos internacionais assumidos na Convenção de Mudanças do Clima e na Convenção de Biodiversidade. Portanto, é evidente a sua contrariedade ao interesse público.

*40. O PLC buscou remediar os defeitos constantes do art. 7º inciso XIII, com as previsões relativas aos Estados e aos Municípios, respectivamente, no art. 8º XIII e no art. 9º, XIII. **Tais dispositivos seguem a mesma trilha de inconstitucionalidade** já apontada em relação ao art. 7º, XIII, pelos mesmos fundamentos ali dispostos.*

44. Sugere-se, pois, veto presidencial ao art. 7º, XIII; 8º, XIII e 9º, XIII, conjuntamente” (Doc. 12, destacamos).

Em resumo, os arts. 7º XIII; 8º XIII e 9º XIII, da LC nº 140/2011 são inconstitucionais por violar: 1) a cabeça do art. 225 da Constituição que não permite o fracionamento privativo de atribuições do Poder Público para a defesa ambiental; 2) a cabeça do art. 23, da Constituição por transformar competências comuns em privativas.

IV. E) Inconstitucionalidade dos arts. 4º, V e VI, 14, § 3º e 15 da LC nº 140/2011

Os artigos em epígrafe dispõem:

“Art. 4º Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional:

[...]

*V – **delegação de atribuições** de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar;*

*VI – **delegação da execução** de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar”.*

“Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

[...]

*§ 3º **O decurso dos prazos** de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas **instaura a competência supletiva** referida no art. 15.*

[...]

*Art. 15. Os entes federativos **devem atuar em caráter supletivo** nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:*

*I – **inexistindo órgão ambiental** capacitado ou conselho de meio ambiente **no Estado ou no Distrito Federal**, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;*

*II – **inexistindo órgão ambiental** capacitado ou conselho de meio ambiente **no Município**, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e*

*III – **inexistindo órgão ambiental** capacitado ou conselho de meio ambiente **no Estado e no Município**, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos” (destacamos).*

O § 3º, do art. 14 e o art. 15 são inconstitucionais, pois constituem hipóteses de **transferência e delegação automática do dever de proteção ambiental** de um ente federativo para o outro.

Enquanto os itens precedentes desta ação (IV.C e IV.D) questionaram a limitação da fiscalização e limitação da competência de licenciamento dos entes federativos, **os artigos em epígrafe permitem, diversamente, que algum ente federativo mais cômodo se omita no dever de proteger o meio ambiente** (isto é, no dever de exercer a sua competência de licenciar) sob a nova permissão legal de que a demora da atuação do licenciador ou a inexistência de um órgão ambiental tecnicamente competente são causas de transferência automática desse encargo para outro ente federativo.

Da mesma forma, os incisos V e VI, do art. 4º, da LC nº 140/2011 são inconstitucionais por permitirem a **delegação voluntária** (“*por instrumentos de cooperação*”) do dever de proteção ambiental de um ente federativo para o outro.

A inconstitucionalidade brota de uma permissão legal para a paralisia (inércia) de algum ente federativo diante da presença de um dano ambiental cuja competência foi delegada. O dever fixado na cabeça do art. 225 atribui a todos os entes federativos a obrigação de proteção do meio ambiente. O licenciamento é uma forma do exercício da proteção ambiental que não pode comportar tamanha abertura para o comodismo de um ente federativo mais atrasado para com seus deveres ambientais.

Além disso, a transferência de encargos automáticos para outros entes federativos pode acarretar o sobrecarregamento de atribuições do ente que receberá esse encargo (que receberá a competência), o que pode fazer com que o sistema de fiscalização entre em colapso e arruíne de vez a proteção ambiental exercida pelos órgãos ambientais ainda operantes.

Mais uma vez, é oportuno relembrar o julgamento da ADI nº 2.544, na qual o plenário do STF decidiu que a lei infraconstitucional não pode permitir hipóteses de delegação de competências ambientais para outros entes federativos:

“Federação, competência comum: [...] a previsão, no parágrafo único do art. 23, CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/1961), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, NÃO ABRANGE O PODER DE DEMITIREM-SE A UNIÃO OU OS ESTADOS DOS ENCARGOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DOS BENS de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.” (ADI nº 2.544. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 17-11-2006, destacamos).

A Consultoria Jurídica da AGU externou o mesmo entendimento contrário à delegação de competência no Parecer nº 771/2011:

*“26. As atribuições indicadas no destacado dispositivo configuram verdadeiras **competências dos entes federativos, que se afiguram irrenunciáveis**, também não podendo ser esvaziadas”.*

Em resumo, os arts. 4º, V e VI, 14, § 3º e 15 da LC nº 140/2011 são inconstitucionais por violarem as cabeças dos arts. 23 e 225 da Constituição, uma vez que **a delegação (voluntária ou automática) de competências não pode justificar a inércia do ente federativo diante de um dano ambiental.**

IV. F) Inconstitucionalidade do § 4º, do art. 14, da LC nº 140/2011

O artigo em epígrafe estabelece:

*“Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.
[...]*

§ 4º A renovação de licenças ambientais deve ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo da validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente” (destacamos).

A norma prevista no § 4º, do art. 14, da LC nº 140/2011 é inconstitucional por criar uma hipótese em que, devido à mora do Poder Público, a licença ambiental considera-se prorrogada de forma automática em evidente prejuízo da proteção ao meio ambiente previsto na cabeça do art. 225, da Constituição e em **evidente afronta ao inciso IV, do § 1º, do art. 225.**

Ora, um erro não justifica o outro. **A demora na manifestação do órgão ambiental competente não pode criar hipótese fictícia de autorização ambiental.**

Se o Poder Público não for eficiente, ele deverá arcar com as suas responsabilidades legais. Contudo, se a atividade for danosa ao meio ambiente (principalmente em razão da evolução de novas tecnologias avaliadoras de impactos ambientais), nada justifica o afastamento da exigência constitucional de serem realizados os devidos estudos PREVIOS (ou complementares para o caso da renovação), sendo que, até a conclusão do processo administrativo, a atividade NÃO pode ser permitida pelo óbice imposto no inciso IV, do art. 225.

O § 4º, do art. 14, da LC nº 140/2011 é inconstitucional, porque cria uma hipótese fictícia de autorização ambiental em razão da mora administrativa violando o inciso IV, do § 1º, do art. 225, da Constituição, bem como a cabeça do art. 225.

IV.G) Inconstitucionalidade dos arts. 7º XIV; 8º XIV; 9º XIV; 20 e 21, da LC nº 140/2011 por revogarem o § 4º, da Lei nº 6.938/81

Os art. 7º, 8º e 9º da LC nº 140/2011 asseveram:

“Art. 7º São ações administrativas da União:

[...]

XIV – promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) **localizados** ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;*
- b) **localizados** ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;*
- c) **localizados** ou desenvolvidos em terras indígenas;*
- d) **localizados** ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);*
- e) **localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;**”.*

“Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

[...]

XIV – promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;”.

“Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

[...]

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

- a) **que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local**, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou*
- b) **localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);**” (destacamos).*

Assim como os arts. 7º XIII; 8º XIII; 9º XIII e 17 da LC nº 140/2011 são inconstitucionais por impedirem os demais entes federativos de terem uma conduta assertiva em prol de uma proteção ambiental mais ampla, os artigos em epígrafe (arts. 7º XIV; 8º XIV; 9º XIV, da LC nº 140/2011 (incluindo os arts. 20 e art. 21, no que tangerem a revogação do § 4º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81) são inconstitucionais por limitarem materialmente as competências dos entes federativos a um rol restrito e, no caso da União, **espacial/territorial** de hipóteses, novamente, em prejuízo da solidariedade e da complementariedade da ação do Poder Público prevista na cabeça do art. 225, da Constituição.

Os arts. 20 e 21, da LC nº 114/2011 revogaram o § 4º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81 que dispunha sobre a competência da União, por meio do IBAMA, para licenciar empreendimentos em razão da magnitude do impacto ambiental, nacional ou regional:

“Art. 10 – [...]

*§ 4º **Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”** (destacamos).*

Agora, a competência da União está atrelada à localização do empreendimento e não ao âmbito do impacto ambiental (veja o inciso XIV, do art. 7º, da LC nº 140/2011, principalmente a alínea “e”).

É preciso refazer o registro de que a redação original do projeto de lei apresentado pelo Deputado Sarney Filho mantinha a competência do IBAMA sobre empreendimentos de **significativo impacto ambiental (Doc. 8.1)**. O projeto sofreu drásticas alterações ainda na Câmara dos Deputados e **a competência da União foi reduzida e desatrelada da significância do impacto ambiental**.

Os artigos em epígrafe quebraram o paradigma da competência da União para licenciar os empreendimentos com **significativo impacto ambiental** em vigor desde 1981 (art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938/81). Ora, a poluição não obedece fronteiras políticas sendo extremamente prejudicial para o meio ambiente e para a sociedade a mudança da competência em razão do lugar do **impacto** para o local do **empreendimento**.

O licenciamento federal permitido apenas em determinados lugares federais (terras indígenas, unidades de conservação federais e mar territorial) e quando o dano ultrapassar mais de um Estado limita a atuação da União.

Uma série de impactos de grandes proporções, mas cujo empreendimento for local ou estadual passam a escapar da competência federal e põem em risco a população e o meio ambiente brasileiro.

Quando o impacto for **significativo e nacional** a competência do licenciamento deve ser mantida com a **União**, por ser o ente federativo melhor aparelhado e legitimamente **representante de toda a nação**. Entendimento diverso fragiliza a proteção ambiental e viola as cabeças dos arts. 23 e 225, que impõe a proteção ampla e solidária do meio ambiente.

Por outro lado, a competência da União por localidades federais (art. 7º, XIV, da LC nº 140/2011) atrai uma infinidade de licenciamentos de menor complexidade para a União e a deixa, como visto, alheia de outros licenciamentos que são de **significativo impacto ambiental**, mas cujas atividades não estão incluídas no seu rol de atribuições.

Pela redação do art. 7º, XIV, tudo o que ocorrer no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva é de competência da União independentemente da magnitude do impacto ambiental.

Além disso, as hipóteses das alíneas “c” e “d”, do inciso XIV, do art. 7º, são limitadas e insuficientes para os bens federais.

As hipóteses das alíneas “c” e “d”, do inciso XIV, do art. 7º prevêm a competência federal para o licenciamento de atividades em terras indígenas e unidades de conservação. Todavia, há inúmeras situações em que as **atividades no entorno dessas áreas federais** têm reflexos diretos dentro da propriedade da União e, segundo, a literalidade das alíneas “c” e “d”, a União estaria impedida de atuar no entorno, mesmo tendo interesse federal direto em proteger um bem federal.

A atuação de proteção ambiental da União no entorno de bens federais está prevista, por exemplo, no § 3º, do art. 36, da Lei nº 9.985/2000¹⁰ e no § 2º, do art. 1º, da Resolução CONAMA nº 280/2010¹¹.

Em outras palavras, é comum haver uma atividade externa à unidade de conservação cujo dano ambiental atinge o interior da propriedade federal (ex. unidades de conservação). E, nesses casos, é preciso resguardar a competência da União para agir na defesa do meio ambiente no entorno dos bens federais.

Entendimento diverso violaria o interesse público da União e, novamente, o dever de proteção amplo previsto no art. 225, da Constituição.

Em resumo, os arts. 7º XIV; 8º XIV; 9º XIV; 20 e 21, da LC nº 140/2011 são inconstitucionais por permitirem a inércia do Poder Público diante de um dano ambiental e, com isso, violarem o dever amplo e solidário de proteção ao meio ambiente previsto nas cabeças dos arts. 23 e 225 da Constituição.

IV. H) Inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21, da LC nº 140/2011 por revogarem o § 3º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81

Os artigos 20 e 21, da LC nº 140/2011 dispõem:

“Art. 20. O art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, passa a vigor com a seguinte redação:

‘Art. 10. [...]
§ 2º (Revogado).
§ 3º (Revogado).

¹⁰ “§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo” (destacamos).

¹¹ “§2º Durante o prazo de 5 anos, contados a partir da publicação desta Resolução, o licenciamento de empreendimento de significativo impacto ambiental, localizados numa faixa de 3 mil metros a partir do limite da UC, cuja ZA não esteja estabelecida, sujeitar-se-á ao procedimento previsto no *caput*, com exceção de RPPNs, Áreas de Proteção Ambiental (APAs) e Áreas Urbanas Consolidadas” (destacamos).

§ 4º (Revogado)'.

*Art. 21. **Revogam-se** os §§ 2º, **3º** e 4º do art. 10 e o § 1º do art. 11 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981” (destacamos).*

Os artigos 20 e 21 revogaram os §§ 2º, 3º e 4º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81 e, no que concerne ao objeto do presente questionamento, o § 3º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81 aduzia:

“Art. 10 – [...]

§ 3º *O órgão estadual do meio ambiente e o IBAMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, **determinar** a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das **condições** e **limites** estipulados no licenciamento concedido” (destacamos).*

Como visto nos itens anteriores (IV.C e IV.D), a LCnº 140/2011) tolheu a atuação supletiva da União por meio de um enrijecimento da competência para fiscalizar e reprimir o dano ambiental.

Neste ponto, a inconstitucionalidade surge da retirada de outra característica supletiva da União, qual seja, a de poder fornecer critérios mínimos para as atividades poluidoras quando os demais órgãos ambientais não o fizerem.

Nessa vereda, os arts. 20 e 21 são inconstitucionais, porque, ao revogarem o § 3º da Lei nº 6.938/81, a competência da União para proteger o meio ambiente (via determinação de condições e limites de poluição) foi retirada, o que afronta à amplitude do dever de proteger o meio ambiente, nos termos da cabeça do art. 225, da Constituição.

O revogado § 3º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81 permitia à União (por meio do IBAMA) dispor na ausência de normas (ou seja, emergencialmente), de forma supletiva, sobre atividades degradadoras. É dizer, na ausência de parâmetros mínimos sobre limites e condições de poluição.

A União tinha uma autorização legal (obviamente prevista em lei) que permitia fixar critérios sobre o regramento da poluição em caso de inércia dos demais órgãos ambientais. Agora, não mais, e uma série de atividades que ainda são desconhecidas podem, em tese, seguir causando poluição sem um balizamento mínimo dessa atividade.

A estipulação de critérios e condições de poluição faz parte da obrigação solidária de defender o meio ambiente, nos termos da cabeça do art. 225. O dever solidário da proteção não está só na atuação repressiva, depois que o ato ocorreu, mas, também, de forma prévia e isso inclui a necessidade de manutenção da norma revogada para que a União possa fixar unilateralmente níveis ambientais mínimos antes que todos os demais envolvidos discutam a matéria.

Em resumo, os arts. 20 e art. 21, da LC nº 140/2011 são inconstitucionais por violarem as cabeças dos arts. 23 e 225 da Constituição, na medida em que a solidariedade no dever de proteger o meio ambiente passa pelo caráter supletivo da União de agir previamente e fixar limites de poluição diante da inércia dos demais órgãos ambientais.

IV. D) Inconstitucionalidade da alínea “h”, do inciso XIV e parágrafo único todos do 7º, da LC nº 140/2011

A norma em epígrafe dispõe:

“Art. 7º São ações administrativas da União:

[...]

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

*h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de **proposição da Comissão Tripartite Nacional**, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;”*

[...]

*Parágrafo único. O licenciamento dos empreendimentos cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira será de atribuição da União exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de **proposição da Comissão Tripartite Nacional**, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento” (destacamos).*

Conforme dito inicialmente, a criação de uma nova estrutura, a Comissão Tripartite, retira competência do CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente que já há mais de 30 anos (inciso II, do art. 6º, da Lei nº 6.938/81). O enfraquecimento do órgão máximo do SISNAMA é por si só um retrocesso e uma inconstitucionalidade por rebaixamento do nível de proteção legal.

Mesmo que assim não se entenda, a norma em epígrafe é inconstitucional por atribuírem poderes normativos irrestritos à Comissão Tripartite que poderá impor obrigações e deveres por meio de “proposição”.

A nova figura normativa chamada de “**proposição**” não pode fixar direitos e deveres sem previsão legal, pois isso acarretaria a violação do princípio da legalidade previsto no art. 5, II e na cabeça do art. 37, da Constituição.

Assim, é necessário uma a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para determinar a extensão dessas proposições e esclarecer que elas não poderão gerar normas com direitos e obrigações novas.

Em suma: a alínea “h”, do inciso XIV e parágrafo único todos do 7º, da LC nº 140/2011 é inconstitucional por **violar o princípio da legalidade** previsto nos arts. 5º, II e 37, da Constituição.

V – DA INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

Em razão da anunciada inconstitucionalidade formal e do número de artigos apontados como inconstitucionais, conclui-se que o funcionamento da LC nº 140/2011 está totalmente comprometido. Por isso, a LC nº 140/2011 deve ser tida inteiramente inconstitucional pelo fenômeno da declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento que tem o seguinte amparo na jurisprudência desta Corte:

“Extensão de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. Inconstitucionalidade por arrastamento. (ADI 2.982-ED. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 22-9-06).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.238/94 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.[...] A declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da lei atacada implica seu esvaziamento. A declaração de inconstitucionalidade dos seus demais preceitos dá-se por arrastamento. 5. Pedido julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.238/94 do Estado do Rio Grande do Sul. (ADI nº 1144 / RS. Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 08-09-2006)

Caso assim não se entenda, devem ser declarados inconstitucionais os arts. 4º, V, VI; 7º, XIV, “h” e parágrafo único; 17, cabeça e §§ 2º e 3º; 7º XIII e XIV; 8º XIII e XIV; 9º XIII e XIV; 14, §§ 3º e 4º; 15; 20; 21 da LC nº 140/2011.

V - NECESSÁRIA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR - ART. 10, L. 9.868/99

A concessão de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade encontra fundamento no art. 10, da Lei 9.868/2003. Para alcançar o provimento de urgência, faz-se necessário demonstrar a existência dos pressupostos do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”.

A verossimilhança do direito invocado é patente e se justifica por haver visível vício formal e várias inconstitucionalidades materiais.

Além das contundentes razões apresentadas acima, cumpre relembrar que a inconstitucionalidade de artigos da LC nº 140/2011 foi pronunciada pelo Exmo. Sr. Presidente do IBAMA (Doc. 11), pela Exma. Sra. Ministra do MMA (Doc. 13), pelo Senador Randolfe Rodrigues (Doc. 10), pelo Ministério Público Federal (início do Doc. 12) e pela própria Consultoria Jurídica da AGU (Doc. 12).

Não é sempre que se tem um rol tão exaustivo e importante de Autoridades Republicanas pedindo a inconstitucionalidade de dispositivos de uma Lei.

O Parecer nº 771/2011 da AGU inicia com um resumo de quem suscitou inconstitucionalidades na LC nº 140/2011:

“5. Manifestou-se a 4ª Quarta Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (fls. 167, 174), sugerindo o veto dos arts. 4º, 16 e 17 do PLC.

6. Também se manifestou o A procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA, nos termos do Parecer nº

911/2011/GMSS/CONEP/PFE/IBAMA-SEDE/PGF/AGU (fl.s 180, 190). Propôs o veto do § 3º, do art. 17, por inconstitucionalidade formal; e do inciso XIII do art. 7º, inciso XIII do art. 8º, inciso XIII do art. 9º, da alínea “e” do inciso XIV do art. 7º c/c o veto do art. 20; e do § 3º do art. 14, todos por inconstitucionalidade material.

7. O IBAMA posicionou-se, nos termos do seu Parecer nº 27/2011 (cópia às fls. 226, 229) e do Parecer nº 28/2011 (fls. 191-198), também sugerindo veto a dispositivos do PLC, conforme consta do quadro juntado às 198-206”.

Após essas considerações, foi a vez da **própria AGU** quem propôs o veto presidencial por justamente haver inúmeras inconstitucionalidades, formal e material:

“75. Ante o exposto, sugere-se o veto dos seguintes dispositivos do PLC:

a) Por inconstitucionalidade formal:

O parágrafo 3º, do art. 17;

b) Por inconstitucionalidade material e por contrariar o interesse público:

Inciso II do art. 2º;

Inciso IV do art. 4º,

Parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 4º; inciso IX do art. 7º;

Inciso XIII do art. 7º;

Inciso XIII do art. 8º;

Inciso XIII do art. 9º;

Alínea “b”, do inciso XIV, do art. 7º;

Inciso XX do art. 8º;

Inciso IX do art. 9º;

Alinea “a” do inciso XIV do art. 9º;

Parágrafo 2º do art. 13;

Parágrafo 3º do art. 14 e

Art. 17 e seus respectivos parágrafos.

À consideração do Senhor Consulto Jurídico.

Brasília, 29 de novembro de 2011.

[...]

Aprovo o Parecer” (Doc. 12, destacamos).

A Exma. Sra. **Ministra do MMA**, Izabella Teixeira, fez coro ao pedido de veto dizendo:

*“Assim, **além da argumentação jurídica** constante do Parecer nº 771/2011/CGAJ/CONJUR/MMA e dos vetos sugeridos pelas razões apresentadas no mencionado parecer, **considero como vetos essenciais** que assegurem os interesses e a política em curso do governo federal no que tange à proteção do meio ambiente e ao uso sustentável dos recursos naturais os abaixo relacionados, que não alteram, em nada, os objetivos, estrutura e efetividade da Lei Complementar:*

[...]

***Veto** aos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 4º.*

[...]

Veto ao art. 7º, inciso XIII; art. 7º, inciso XV, alínea “b”, art. 8º, inciso XVI, alíneas “b” e “c”; art. 9º, inciso XV, alínea “b”; art. 13, § 2º; art. 17, na integra” (Doc. 13, destacamos).

Finalmente, é preciso lembrar a Exma. Sra. Presidente da República enviou um projeto de lei complementar para o Congresso **alterando** a LC nº 140/2011 **no mesmo dia** em que a LC foi sancionada (dia 08/12/2011) (**Doc. 14**). Ou seja, a iniciativa presidencial de imediata alteração na LC nº 114/2011 é a prova maior de que a LC tem problemas.

Assim, resta demonstrado a plausibilidade jurídica do apelo constitucional.

Por sua vez, o perigo na demora do provimento jurisdicional resulta do fato de que obediência dos dispositivos questionados causam dano ambiental, principalmente por permitir o fracionamento privativo de atribuições do Poder Público para a defesa ambiental ao arrepio da cabeça do art. 225, da Constituição.

Além disso, a LC nº 114/2011 está causando enorme insegurança entre os órgãos ambientais de meio ambiente pelo país. Foi o próprio Exmo. Sr. Presidente do IBAMA quem afirmou que a atuação do IBAMA estava restringida e poderia haver aumento da atividade ilícita. Confira *in verbis*:

“A redação dos dispositivos da nova norma FRAGILIZA – e até IMPEDE, A ATUAÇÃO SUPLETIVA DO IBAMA no caso do desmatamento, cuja competência para licenciar é do órgão estadual de meio ambiente. Em análise muito simplista, Senhora Ministra, afastar a competência do órgão federal para reprimir o desmatamento ilegal certamente resultará num aumento significativo dessa atividade ilícita, pela própria fragilidade e falta de estrutura dos órgão estaduais de meio ambiente para desempenhar esta função” (Doc. 11, destacamos).

No mesmo sentido, a Exma. Sra. Ministra do MMA, Isabela Teixeira, afirmou que as megaoperações do IBAMA passaram a ser contestadas do ponto de vista jurídico:

“A regra geral, então, repita-se, é a seguinte: a competência para fiscalizar e punir depende da competência para autorizar o desmatamento, a qual, por sua vez, está sujeita à competência para licenciar a atividade ou empreendimento.

Se à União cabe autorizar desmatamento nas poucas hipóteses do PLC, e se somente a quem tem competência para licenciar se atribui o poder de fiscalizar e punir, pode-se afirmar que:

c) Serão ilegais as megaoperações federais de fiscalização ambiental, ocorridas periodicamente na Amazônia:” (Doc. 13, destacamos).

Está, portanto, evidenciado o risco na demora da análise do pedido cautelar.

Espera-se que não ocorra o que aconteceu recentemente com o julgamento da ADI nº 4.019 (de autoria desta mesma Associação - ASIBAMA NACIONAL) em que a análise do pedido liminar foi postergado em 5 anos e depois de 5 anos a ação foi julgada procedente e, no dia seguinte, modificado o resultado do julgamento pelos impactos de tamanha desconstrução do universo jurídico.

Aliás, no julgamento da ADI nº 4.029, no dia 07/03/2011, praticamente todos os Ministros presentes afirmaram que as questões ambientais eram urgentes. Portanto roga-se a V. Exa. que dê a devida urgência que o caso merece e ao assim proceder seguramente a sociedade e o meio ambiente brasileiro estarão melhor protegidos.

Pelo exposto, requer-se o provimento liminar e cautelar para sustar os efeitos da LC nº 140/2011, até o julgamento final da presente ação ou pelo menos a suspensão dos efeitos dos artigos questionados: os arts. 4º, V, VI; 7º, XIV, “h” e parágrafo único; 17, cabeça e §§ 2º e 3º; 7º XIII e XIV; 8º XIII e XIV; 9º XIII e XIV; 14, §§ 3º e 4º; 15; 20; 21 da LC nº 140/2011.

VI - DO PEDIDO

Ante o exposto requer-se:

- a) a concessão da medida cautelar determinando a sustação dos efeitos da LC nº 140/2011, até o julgamento final da presente ação ou pelo menos a sustação dos efeitos dos artigos questionados: os arts. 4º, V, VI; 7º, XIV, “h” e parágrafo único; 17, cabeça e §§ 2º e 3º; 7º XIII e XIV; 8º XIII e XIV; 9º XIII e XIV; 14, §§ 3º e 4º; 15; 20; 21 da LC nº 140/2011.
- b) que as publicações ocorram exclusivamente em nome do advogado Diego Vega Possebon da Silva, OAB/DF nº 18.589, sob pena de nulidade;
- c) a citação do Advogado Geral da União para promover a defesa do ato normativo atacado, nos termos do artigo 103 da Constituição da República;
- d) a intimação do Ministério Público para manifestar-se nesta ação;
- e) a procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade para confirmar a liminar eventualmente concedida e declarar a inconstitucionalidade integral da LC nº 140/2011, com efeitos *erga omnes*, ou, pelo menos, a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes artigos: arts. 4º, V, VI; 7º, XIV, “h” e parágrafo único; 17, cabeça e §§ 2º e 3º; 7º XIII e XIV; 8º XIII e XIV; 9º XIII e XIV; 14, §§ 3º e 4º; 15; 20; 21 da LC nº 140/2011.

Brasília, 6 de abril de 2012.

Diego Vega Possebon da Silva
OAB-DF 18.589

Igor Ramos Silva
OAB-DF 20.139