



**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JORDANA RIGHETTI DIAS ALVES

**A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL
NA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011**

Rio de Janeiro

2012.



**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JORDANA RIGHETTI DIAS ALVES

**A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL
NA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011**

**Trabalho de Conclusão de Curso, sob
orientação do professor Rômulo Sampaio,
apresentado à FGV DIREITO RIO para
obtenção de grau de bacharel em Direito.**

Área de Especialização: Advocacia Pública e
Poder Judiciário

Rio de Janeiro

2012.

JORDANA RIGHETTI DIAS ALVES

**A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL
NA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas para obtenção do grau de bacharel. Área de Especialização: Advocacia Pública e Poder Judiciário.

Aprovado em: __/__/2012

Pela comissão examinadora:

Rômulo Sampaio

Pedro Rubim Fortes

Luiz Roberto Ayoub

Dedico este Trabalho de Conclusão de Curso aos meus pais e à minha família por todo apoio que recebi.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me ajudado a desenvolver e concluir o presente Trabalho. Sem fé e sem a força Dele, isso não teria sido possível.

Em seguida, agradeço aos meus pais, Suzana e Marcos David, por todo o apoio ao longo da minha vida. E um agradecimento especial pelo apoio nos últimos cinco anos.

Obrigada aos meus avós maternos, Ellady e Victor, por estarem sempre presentes e me lembrando do que realmente importa na vida. Obrigada aos meus avós paternos, Daisy e Marcos, pelo apoio, mesmo que muitas vezes, de longe.

Obrigada à minha madrinha, Regina, e ao meu padrinho, Marcos, por terem me apoiado das formas que se mostravam possíveis.

Obrigada a Roberto Alencar pela ajuda e compreensão.

A Antonio Augusto Reis e a Pedro Henrique Vasques pela compreensão e ajuda para a elaboração deste Trabalho.

E obrigada a todas as pessoas que, a sua maneira, contribuíram para que eu pudesse finalizar esse Trabalho.

“Nunca se afaste de seus sonhos, pois se eles se forem,
você continuará vivendo, mas terá deixado de existir.”

(Charlie Chaplin)

RESUMO

O objetivo deste Trabalho de Conclusão de Curso é analisar as mudanças que Lei Complementar nº 140 de 2011 produziu na competência administrativa para licenciar. Analisei a definição da competência administrativa e o seu impacto na competência jurisdicional, incluindo uma análise da insegurança jurídica para os empreendedores durante a vigência da Resolução CONAMA nº 237/97, anterior à Lei Complementar nº 140. Para tanto, realizei pesquisa jurisprudencial sobre a constitucionalidade das disposições da referida Resolução, além de uma pesquisa jurisprudencial específica na tentativa de identificar o critério mais utilizado pelos Tribunais para identificação do órgão ambiental competente para licenciar. Explicitarei as principais disposições da Lei Complementar, e finalizei o Trabalho com uma breve análise do que é possível esperar a partir de agora.

Palavras-chave: licenciamento ambiental; competência administrativa e competência legislativa; competência jurisdicional; conflito de competência; predominância do interesse; área de impacto ambiental direto; dano ambiental; fiscalização ambiental.

ABSTRACT

The objective of this Work is to analyze the changes produced by the Declaratory Statute No. 140/ 2011 in the administrative jurisdiction for licensing. Explained the definition of administrative jurisdiction and its impact on jurisdiction, including an analysis of legal uncertainty for entrepreneurs since the CONAMA Resolution 237/97. I did a research about the constitutionality of provisions of the Resolution, and a specific research in an attempt to identify the criterion used by courts to identify the environmental agency responsible for licensing. Explained the main provisions of this Declaratory Statute and finished with a brief analysis of what we can expect from now.

Keywords: environmental permitting; administrative and legislative authority; jurisdictional conflict; direct impacts; environmental damage; judicial review.

LISTA DE SIGLAS

Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988

Constituição Federal – CF/88

Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA

Resolução – Res.

Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA

Lei Complementar – LC

SUMÁRIO

EMENTA	10
RELATÓRIO	11
1. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA	12
2. O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL	14
2.1. SOBRE A RESOLUÇÃO CONAMA Nº 237/97	17
2.1.1. O debate da (in) constitucionalidade da Resolução	19
2.2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA	25
2.2.1. Pode/ Deve o Poder Judiciário interferir?	25
2.2.2. A competência administrativa para licenciar e o impacto na competência jurisdicional	28
2.2.3. Insegurança Jurídica. Controvérsia Jurisprudencial	31
2.2.3.1. Critérios e parâmetros do Poder Judiciário para definição do órgão ambiental competente	31
3. O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011	35
3.1. REGRAS E PARÂMETROS PARA IDENTIFICAÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE	36
3.1.1. A influência da competência para licenciar na atribuição constitucional de fiscalizar	39
3.2. COMPARATIVO COM O REGIME ANTERIOR (Res. CONAMA 237/97)	40
4. A LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011 RESOLVE O CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA LICENCIAR?	42
5. CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	46

EMENTA

COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PARA REALIZAÇÃO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 237/97. POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA ESTADUAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 140/11. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Insegurança Jurídica. Inovações. Segurança jurídica.

RELATÓRIO

O presente parecer responde à consulta solicitada pelo cliente JRD Empreendimentos S.A., sobre os impactos que a Lei Complementar nº 140/2011 poderá produzir nos processos de licenciamento ambiental no que tange à competência administrativa para licenciar.

Analisei a definição da competência administrativa e o seu impacto na competência jurisdicional, incluindo uma análise da insegurança jurídica para os empreendedores durante a vigência da Resolução CONAMA nº 237/97.

Tendo em vista a incerteza sobre qual critério deveria ser utilizado para definir o órgão ambiental competente para realizar o licenciamento ambiental, realizei uma breve análise sobre como a jurisprudência vinha se posicionando acerca da competência para licenciar, e quais critérios utilizava para definir o órgão competente para licenciar determinado empreendimento.

O Parecer aborda as principais disposições da Lei Complementar nº 140/ 2011, e traz um quadro comparativo com as disposições do referido diploma legal e da Resolução CONAMA nº 237/97.

O presente trabalho não trata da competência legislativa, pois, embora relacionada com a competência administrativa, com ela não se confunde. Trata-se de instituto voltado às atribuições dos entes federativos no que toca aos seus poderes de legislar em matéria ambiental.

Concluo o parecer com uma análise sobre o impacto da Lei Complementar na definição de competências para licenciar.

1. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) dividiu as competências dos entes federativos em (i) competência legislativa e (ii) competência administrativa/ material. Enquanto a competência material subdivide-se em (i) exclusiva e (ii) comum; a competência legislativa subdivide-se em (i) exclusiva, (ii) privativa, e (iii) concorrente.

A competência legislativa exclusiva permite que apenas um ente federativo edite normas, excluindo os demais, e é indelegável (art. 25, §§ 1º e 2º da CF/88). A competência legislativa privativa (art. 22 da CF/88) é competência para legislar própria de um ente federativo, porém, pode ser delegada e/ ou suplementada. Tem-se também a competência legislativa concorrente (art. 24 da CF/88), onde todos os entes podem legislar, cabendo à União a elaboração de normas gerais, devendo os Estados e Municípios legislarem de forma a suplementar a norma da União.

Em relação ao meio ambiente, a Constituição atribuiu competência legislativa à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, incisos VI, VII e VIII). Tal competência é concorrente, cabendo à União definir normas gerais (art. 24, §1º) e aos Estados e Distrito Federal, cabe a suplementação dessas normas. Apesar de o referido art. 24 não trazer a previsão expressa de competência do Município para legislar sobre questões de direito ambiental, é possível defender, com base no disposto no art. 30, incisos I e II da Constituição, que os Municípios podem suplementar a legislação federal e estadual no que couber, tendo em vista o interesse local.

Esse entendimento já foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça conforme as decisões abaixo destacadas:

“(...) no sistema jurídico-constitucional vigente, ao Município é lícito editar normas que digam respeito ao interesse local. Nada impede, pois, que o Município expeça normas que disciplinem situações especiais, conquanto se atenham ao que dispuserem as leis federais e estaduais. O que não pode, o Município, é regulamentar matéria já disciplinada na lei federal (ou estadual), ou fazê-lo de forma que extrapole o estatuído nela (lei federal), porquanto sua competência é meramente supletiva.” (grifos no original) (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 29.299/RS, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, publicado no DJ em 17/10/1994)

“(…) trata-se de competência concorrente entre a União e Estados-membros, razão pela qual a legislação municipal, ao tratar de questões semelhantes, não pode contrariar a disciplina contida em regras federais e estaduais. É bem verdade que o Município detém competência legislativa privativa em matérias pertinentes a interesses locais e ordenamento territorial, a teor do disposto no art. 30, da CF.

(…)

Assim, aos Municípios, no âmbito do exercício da competência legislativa, cumpre observar as normas editadas pela União e pelos Estados, como as referentes à proteção das paisagens naturais notáveis e ao meio ambiente, não podendo contrariá-las, mas tão somente legislar em circunstâncias remanescentes.” (STJ, Primeira Seção, Ação Rescisória nº 756/PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 14/04/2008)

O sistema de repartição de competências legislativas adotado pelo legislador constituinte baseia-se no critério da predominância do interesse: à União cabe legislar sobre as matérias de interesse nacional, aos Estados cabem as matérias de interesse regional, e aos Municípios cabem as matérias de interesse local.

A competência material exclusiva, presente no art. 21 da Constituição, traz as competências exclusivas de atuação da União. A competência material comum, disposta no art. 23 da Constituição, permite que todos os entes federados desempenhem determinadas funções, sem excluir a atuação dos demais.

Os incisos III, VI e VII do art. 23 da Constituição tratam da competência material comum para com o dever de proteger o meio ambiente e combater a poluição, além de preservar as florestas, a fauna e a flora. A competência material comum, também chamada de “competência administrativa”, compreende a promoção de ações preventivas e repressivas em prol do meio ambiente. Dentre as atividades englobadas por esta competência encontra-se a realização do licenciamento ambiental das atividades/ empreendimentos potencialmente poluidores (foco do parecer), além da atividade fiscalizadora e sancionadora.

Para Paulo de Bessa Antunes¹, a competência comum imposta pela Constituição é uma forma de cooperação administrativa recíproca. Para o autor, a competência administrativa deve ser entendida como competência “para promover ações preventivas e repressivas com

¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 108.

vistas a manter a higidez dos bens relacionados pela Constituição”², que, no presente caso, é o meio ambiente.

Para delinear melhor a competência administrativa da competência legislativa, destaco as palavras de Édís Milaré³:

“As competências administrativas (ou de execução de tarefas), conferem ao Poder Público o desempenho de atividades concretas, através do exercício do seu poder de polícia; e as competências legislativas tratam do poder outorgado a cada ente federado para a elaboração das leis e atos normativos.”

A competência administrativa comum não se confunde com a competência legislativa concorrente, pois têm objetos distintos, conforme transparecido acima. Apesar de não se confundirem na teoria, na prática, ambas as competências estão significativamente relacionadas.

Com a atribuição de competência comum para o desempenho de atividades que visam tutelar o meio ambiente (dentre as quais destaca-se a realização do licenciamento ambiental), e a lacuna normativa decorrente da ausência da Lei Complementar que disporia sobre a forma de cooperação dos entes federativos, estes passaram a utilizar a sua competência legislativa concorrente para disciplinar a atuação em questões ambientais.

Considerando que (i) diversos entes editavam normas e julgavam-se competentes para licenciar empreendimentos e atividades e que (ii) inexistia uma norma disposta sobre a forma de cooperação entre os mesmos, surgiu o conflito da competência comum para licenciar decorrente da falta de critério para definir o órgão competente para licenciar. Este problema é abordado no tópico a seguir.

2. O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A Constituição Federal, em seu art. 225, incumbiu o Poder Público do dever de garantir a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além da obrigação de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

² Idem, p. 105.

³ MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 224.

O art. 23 da Constituição, em seu inciso VI, atribui a proteção do meio ambiente como competência comum aos entes federados. O parágrafo único do referido artigo proclama a necessidade de criação de Leis Complementares para fixar normas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal, e Municípios para que o disposto em seus incisos seja adequadamente cumprido.

Durante mais de duas décadas existiu uma significativa lacuna normativa em face da ausência da referida Lei Complementar exigida pela Constituição. A ausência de Lei Complementar para dispor sobre a cooperação dos entes federativos causava insegurança jurídica aos empreendedores, e prejudicava a própria função de proteção do meio ambiente, já que em diversos casos não era possível obter um consenso sobre qual órgão ambiental seria competente para licenciar. Com a indefinição do órgão que deveria licenciar, a avaliação do possível impacto da atividade e o que deve ser feito para minimizar seus efeitos (elementos essenciais da proteção do meio ambiente no licenciamento ambiental) ficavam prejudicados, refletindo na tutela do meio ambiente.

Sem a norma exigida pela Constituição, na tentativa de suprir tal necessidade, passou-se a utilizar, para orientar o licenciamento ambiental, especialmente no que tange a competência administrativa para licenciar, a Lei nº 6.938/81 (conhecida como Política Nacional de Meio Ambiente - PNMA), recepcionada pela Constituição, e a Resolução CONAMA nº 237/97.

Curt Trennepohl⁴ observa que as próprias normas são contraditórias entre si, e exemplifica: enquanto a Resolução CONAMA nº 237/97 adota diversos critérios para identificar de qual órgão ambiental seria a competência para proceder ao licenciamento das atividades consideradas potencialmente poluidoras, como: critério geográfico (localização do empreendimento), critério da abrangência do impacto (impacto local, regional ou nacional), critério da dominialidade do bem onde a atividade será desenvolvida (se é bem da União, por ex.), e critério da especificidade da atividade (ou, segurança nacional, como no caso de atividades que envolvam energia nuclear ou empreendimentos militares), a PNMA traz como critério definidor de competência para licenciar a área de influência direta do impacto ambiental que pode ser gerado pela atividade. Em seu art. 10º, determina a competência para licenciar como sendo, em regra, do órgão estadual.

⁴ TRENNEPOHL, Curt. **Licenciamento Ambiental**. Niterói: Editora Ímpetus, 2011, p. 31.

De acordo com a Política Nacional de Meio Ambiente, a atuação do órgão federal – IBAMA – ocorreria de forma suplementar, ou para obras cujo impacto ambiental tenha alcance regional (mais de um Estado) ou nacional (incluindo-se obras que ocorram no Brasil e em país limítrofe). A Lei 6.938/81, porém, é silente sobre competência municipal.

A ausência, na PNMA, de previsão acerca da competência do Município para proceder ao licenciamento das atividades/ obras (cujo impacto ambiental direto seja local) foi complementada pelas disposições constitucionais dos art. 23 e 30, que preveem como competência do Município a proteção do meio ambiente (competência comum, também, da União e dos Estados). Com o respaldo constitucional, muitos Municípios elaboraram suas próprias normas para licenciamento ambiental.

Vladimir Passos de Freitas⁵ observa que:

“A prática vem revelando extrema dificuldade em separar a competência dos entes políticos nos casos concretos. Há – é inegável – disputa de poder entre os órgãos ambientais, fazendo com que, normalmente, mais de um atribua a si mesmo a competência legislativa e material. Há, também, uma controvérsia histórica que jamais desaparecerá: o poder central está muito distante e desconhece os problemas locais; o poder local está mais próximo dos fatos, porém, é influenciado e envolvido nos seus próprios interesses.”

Essa incerteza tem custos econômicos e ambientais da incerteza sobre a competência para licenciar, como muito bem observado por Paulo de Bessa Antunes⁶:

“Quanto aos custos econômicos, esta é a pior das situações possíveis, pois os gastos são multiplicados e os resultados nem sempre correspondem àquilo que foi investido e que, em não poucas vezes, se transforma em recursos desperdiçados, com a redução da competitividade e produtividade, com diminuição da atividade econômica e consequente prejuízo para a Nação. No que se refere aos custos ambientais, a situação não é mais favorecida, uma vez que a indefinição dos controles, com frequência, se transforma em controle inexistente.”

⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.79.

⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010, p. 103.

Paulo Affonso Leme Machado⁷ defende que, enquanto não fosse elaborada a Lei Complementar estabelecendo as normas de cooperação entre os entes federativos, seria válida a argumentação de que todos os entes têm, ao mesmo tempo, competência e interesse de intervir nos licenciamentos ambientais.

Discordo do autor. Na prática, se todos os entes federativos pudessem intervir no licenciamento realizado por outro, não haveria segurança jurídica para os empreendedores. Neste sentido, a Resolução CONAMA nº 237/97 dispôs acertadamente sobre o assunto ao proclamar, em seu art. 7º, que os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência. A Resolução previu, inclusive, a competência municipal para licenciar. Suas disposições, porém, foram bastante discutidas judicialmente, instaurando forte debate a cerca de sua constitucionalidade e legalidade. Tal ponto é abordado mais adiante, em tópico específico.

2.1. SOBRE A RESOLUÇÃO CONAMA Nº 237/97

A Resolução CONAMA nº 237/97 foi promulgada em 19 de dezembro de 1997, tendo se originado, nas palavras de Édis Milare⁸, “da impaciência dos gestores ambientais, cansados de esperar pela Lei Complementar prometida pelo parágrafo único do art. 23 da Lei Maior”.

A Resolução exerceu um papel de extrema importância no cenário brasileiro sobre licenciamento, pois distribuiu a competência comum para licenciar entre os três entes da federação (arts. 4º a 6º), compatibilizando o sistema de licenciamento, na tentativa de evitar duplicidade de procedimentos e eventuais conflitos durante o processo de licenciamento⁹. Apesar de defender a competência em um único nível da federação, e elencar as hipóteses em que cada ente atuaria, não uniformizou o critério para a definição das competências.

A Resolução CONAMA nº 237/97 ampliou o critério determinado pela Política Nacional de Meio Ambiente, fundado no alcance dos impactos ambientais. Ao mesmo tempo em que previa a área de impacto ambiental direto (por ex. se o impacto direto for local, restrito a um município, a competência para licenciar a atividade será deste; se o impacto direto de uma atividade atingir mais de um município, a competência será do Estado; em atingindo diretamente mais de um Estado, será da União); adotou o critério geográfico, pelo

⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo Editora Malheiros, 2008, p. 273.

⁸ Idem, p. 527.

⁹ ALONSO JR, Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

qual devia ser considerada a localização do empreendimento (por ex. se a atividade fosse desenvolvida em terra indígena, ou na divisa com país limítrofe, a competência seria do órgão federal); e adotou, também, o critério da dominialidade do bem, que identificava o órgão ambiental competente com base na localização da atividade (por ex. se a atividade fosse desenvolvida em unidades de conservação da União ou dos Estados).

Para Paulo de Bessa Antunes¹⁰, a Resolução reforçou a competência estadual prevista na Política Nacional de Meio Ambiente, pois seu art. 4º, §2º prevê que o IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, pode delegar o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental, de âmbito regional, aos Estados. O autor também observa que, ao mesmo tempo em que reforçou a competência estadual, a Resolução “ilegalmente, invadiu a competência exclusiva dos Estados no que diz respeito ao licenciamento ambiental, ao lhes retirar atribuições e delegá-las aos Municípios”¹¹.

Curt Trennepohl¹² critica a definição de competências adotada, pois entende que o principal critério a ser utilizado deveria ser o da prevalência do interesse:

“Em qualquer caso, a competência para o licenciamento ambiental deve ser estabelecida a partir da prevalência do interesse, sendo evidente que o interesse nacional se sobrepõe ao interesse do Estado, e o interesse deste último sobre o do Município.”¹³

Tendo em vista a dificuldade em determinar a regra administrativa mais adequada para realização do licenciamento ambiental, Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁴ identifica como critérios a serem utilizados para a identificação da competência administrativa: (i) critério da preponderância do interesse, e (ii) critério da colaboração (cooperação) entre os entes da Federação, de modo que “deve-se buscar, como regra, privilegiar a norma que atenda de forma mais efetiva ao interesse comum”.

Paulo Affonso Leme Machado identifica que “o perigo da simultaneidade de competências para implementação do controle ambiental é que todos os entes federados ficaram competentes, mas nenhum deles tem assumido especificamente a melhoria da

¹⁰ *Op. Cit.*, p. 187.

¹¹ *Idem*, p. 192.

¹² TRENNEPOHL, Curt. **Licenciamento Ambiental**. Niterói: Editora Ímpetus, 2011, p. 31.

¹³ *Idem*, p. 32.

¹⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 210.

qualidade das águas, do ar e do solo e nenhuma instância governamental se responsabiliza pela conservação das florestas e da fauna”¹⁵.

A ausência de um critério específico para definição de competência, a dificuldade doutrinária em chegar a um consenso sobre qual critério definidor deveria prevalecer, e o fato de uma Resolução de um órgão do Poder Executivo dispor sobre matérias que a Constituição reservou para Lei Complementar, ocasionaram significativos debates doutrinários que refletiram, também, no Judiciário.

O reflexo no Judiciário deu-se, essencialmente, através de Ações Cíveis Públicas questionando a competência de determinado órgão ambiental para licenciar, já que a Lei Complementar exigida pela Constituição não havia sido editada, e as normas que disciplinavam o licenciamento não utilizavam os mesmos critérios definidores. Tal reflexo é aprofundado mais adiante no presente parecer.

2.1.1. O debate da (in) constitucionalidade da Resolução

Apesar de trazer importantes disposições ao nosso ordenamento jurídico, diversos juristas criticam a Resolução CONAMA nº 237/97, e alguns alegam que a mesma é inconstitucional e ilegal.

O principal argumento sobre a inconstitucionalidade da Resolução diz respeito à matéria que ela trata. A Constituição Federal exige que Lei Complementar disponha sobre a cooperação entre os entes federativos em questões ambientais, dentre as quais se encontra a competência administrativa para licenciar. Formalmente, não pode uma Resolução tratar de matéria reservada a Lei Complementar.

Paulo de Bessa Antunes¹⁶, apesar de elogiar diversas disposições, critica a Resolução, pois entende que houve invasão de competência exclusiva dos Estados ao transferir algumas atribuições para os Municípios. Por esse argumento, a Resolução seria considerada inconstitucional, já que viola disposição constitucional.

Neste sentido, Paulo Affonso Leme Machado entende que os artigos 4º a 7º da Resolução CONAMA nº 237/97 (que delimitam a atuação de cada ente federado, e determinam que o licenciamento ambiental ocorrerá em apenas um nível de competência) são

¹⁵ *Op. Cit.*, p. 120.

¹⁶ *Op. Cit.* p. 192 e ss.

inconstitucionais e ilegais. Ilegais por violarem disposição de norma federal¹⁷ que delimita a competência do CONAMA na instituição de normas e critérios para o licenciamento. Nas palavras do autor, essa previsão “não se confunde com atribuir competência para os entes federativos licenciarem”.¹⁸

Na esteira do mesmo entendimento, sustenta Antonio Inagê¹⁹:

“Verifica-se que os dispositivos da Resolução CONAMA nº 237/97, conferindo aos Municípios capacidade para emitir licenças ambientais, são absolutamente inválidos. Estes dispositivos ultrapassam, de muito, a competência legal do Conselho estabelecida no art. 8º, I da Lei nº 6.938/81 (...) Assim, a competência do CONAMA se limita a estabelecer critérios e normas gerais para o licenciamento. Não estando, obviamente, incluída a de conferir capacidade para licenciar”.

A doutrina reconhece que as disposições da Resolução CONAMA nº 237/97 trouxeram diversos benefícios para o licenciamento ambiental, porém, por mais contraditório que possa parecer, reconhece que alguns de seus dispositivos mais importantes são inconstitucionais, haja vista não terem a forma de Lei Complementar.

O questionamento sobre a aplicabilidade das disposições da Resolução, aos processos de licenciamento, levou o debate da (in) constitucionalidade aos Tribunais. Como é possível inferir das decisões analisadas, em diversas oportunidades os magistrados declararam-na inconstitucional.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, apreciando o Incidente de Inconstitucionalidade nº 151.638-0/9-00, levantado pela 3ª Câmara da Seção de Direito Público do TJSP na Apelação Cível nº 353.432-5/0-00²⁰, decidiu expressamente pela inconstitucionalidade da Resolução CONAMA 237/97:

“Frise-se, ainda, que o art. 7º da Resolução CONAMA nº 237/97 determinou que os empreendimentos e atividades serão licenciados num único nível de

¹⁷ O art. 8º, I da Lei 6.938/81 diz que é competência do CONAMA “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”.

¹⁸ *Op. Cit.* p. 115.

¹⁹ OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005, p. 354.

²⁰ Referente à ACP proposta pelo MPE-SP em face do Município de Cubatão por estar aplicando norma, fundamentada na Res. CONAMA 237/97, que autorizava o licenciamento ambiental pelo Município sem controle dos órgãos estaduais e federais.

competência. Assim, tal Resolução não pode ser considerada constitucional, porquanto reduziu a competência legislativa e administrativa dos Estados-membros sobre a proteção do meio ambiente e controle da poluição, ofendendo os princípios constitucionais, uma vez que a exclusão do Processo Legislativo cabe tão-somente à Constituição Federal.

Ademais, a Resolução CONAMA n° 237/97 permitiria, até mesmo, que o município aludido poderia licenciar isoladamente atividades industriais altamente poluidoras numa cidade que já foi considerada uma das mais poluídas do mundo.

Se não bastasse, em regra, os municípios não têm condições de manter um quadro técnico capaz de proceder a uma eficiente avaliação das atividades poluidoras ou capazes de causar degradação ambiental.

(...)

Vale dizer, [o Município de Cubatão] não se limitou a instituir licenciamento ambiental próprio para as atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental local, mas licenciamento, *em caráter exclusivo*, de obras, atividades e empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental local, bem como daqueles que lhes forem delegados pelo Estado, por instrumento legal ou convênio.

Está assim patente a inconstitucionalidade do art. 6° da Resolução CONAMA n° 237/97, porquanto não respeitou os ditames constitucionais acima explicitados. Pelo exposto, conheço desta arguição para, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade do art. 6o da Resolução CONAMA n° 237, de 19 de dezembro de 1997, (...)” (TJSP, Órgão Especial, Incidente de Inconstitucionalidade n° 151.638-0/9-00, Des. Walter de Almeida Guilherme, Data de Registro: 17/09/2009)

Tal entendimento foi repetido em diversos julgados posteriores do TJSP, dentre os quais destacamos o trecho abaixo, que fala da usurpação, pela Resolução, da função destinada pela Constituição à Lei Complementar:

“Acresce, ainda, que o art. 23 da CF. estabelece, ainda uma vez, como competência comum dos entes federativos a proteção ao meio ambiente (incisos I a VII) e em cujo parágrafo único se prevê a edição de Lei Complementar para fixação de normas para a cooperação, à vista da competência outorgada. **A clareza da determinação constitucional não pode admitir que o Poder Executivo Federal, por meio de resolução, ato**

normativo inferior à Lei, venha a qualquer pretexto, usurpar competência deferida ao Poder Legislativo para regular o tema. Qual o valor, portanto, da referida resolução? Absolutamente nenhum, porque pretendeu estabelecer níveis de competência, de modo que cada ente federativo operaria nesse âmbito, com nível único e com exclusão dos demais.” (grifei) (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 990.10.457919-8, Relator Desembargador Magalhães Coelho, Data de Registro 25/11/2010)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também entendeu que a Resolução violou a Constituição, como se pode ver no trecho do Acórdão destacado abaixo:

“Portanto, a Resolução CONAMA 237/97, que introduziu a municipalização do procedimento de licenciamento não considerou a regra insculpida na Constituição Federal porque excluiu a competência da União das medidas de preservação contra os ataques ao meio ambiente. Certo é que uma simples Resolução do CONAMA não pode excluir competências estabelecidas por lei e, muito menos, se essas competências forem estabelecidas pela Constituição.” (TRF da 4ª Região, 3ª Turma, Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.04.01.118497-8/RS, Des. Federal Luiza Dias Cassales, DJU 14/11/2001)

Apesar de diversas decisões judiciais considerarem a Resolução CONAMA nº 237/97 inconstitucional, tal entendimento não é unificado, como se pode perceber em outra decisão do próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE DRAGAGEM E BOTA-FORA DA FOZ DO RIO CAMBORIÚ. LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO.

O fato de o bem afetado pertencer à União não implica a necessidade de licenciamento ou fiscalização ser realizado pelo órgão federal competente. O que interessa, segundo a lei, é a magnitude do dano (§ 4º, do artigo 10, da Lei nº 6.938/81).

O licenciamento deferido pela FATMA, órgão estadual de controle ambiental, não exclui a possibilidade de que o IBAMA, no exercício da competência prevista no artigo 23, VI, da CF/88, impeça a realização da obra, uma vez constatada a degradação ao meio ambiente.

Não se vislumbra inconstitucionalidade impingida na Resolução 237 do CONAMA, tendo-se em vista que foi expedida em harmonia com a Constituição da República e com a legislação federal, sendo, portanto, meio legislativo idôneo para esmiuçar e regulamentar o comando legal que, por sua natureza geral, não se ocupa de questões específicas e particulares.” (grifei) (TRF da 4ª Região, 4ª Turma, Apelação em Ação Civil Pública nº 2002.72.08.003119-8/SC, Des. Federal Valdemar Capeletti, DJU 28/09/2005)

Existem diversos argumentos utilizados na defesa do ato normativo, dentre os quais destacamos a argumentação apresentada pelo Des. Luiz Elias Tambara, do Órgão Especial do TJSP que foi voto vencido no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade já mencionado. *In verbis*:

“(…) a verdade é que não se pode afirmar a inconstitucionalidade da Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, porque ela apenas estabeleceu o critério para exercício da competência a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, com a redação dada pela 7.804, de 18 de julho de 1989.

(…)

a Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, limitou-se a regulamentar aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional de Meio Ambiente, estabelecer critério para exercício da competência para o licenciamento a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e integrar a atuação dos órgãos competentes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA na execução da Política Nacional do Meio Ambiente, em conformidade com as respectivas competências. Assim é que expende definições indispensáveis de licenciamento ambiental e licença ambiental e outras; relaciona em seu Anexo I os empreendimentos e atividades que estão sujeitos ao licenciamento ambiental; define as competências do IBAMA (órgão federal) para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades nas situações descritas no artigo 4o; do órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal (artigo 5o) e, em seu artigo 6o, prescreve que: *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 instrumentos legais ou convênio”.”
(grifos no original) (TJSP, Órgão Especial, Incidente de Inconstitucionalidade nº 151.638-0/9-00, Des. Luiz Elias Tambara, Data de Registro: 17/09/2009)

As decisões acima transcritas deixam clara a insegurança jurídica existente sobre a aplicação das disposições da Res. CONAMA nº 237/97.

A segurança jurídica, nas palavras de José Afonso da Silva²¹, “consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Como observado por Maria Sylvia Zanella di Pietro²², o princípio da segurança jurídica se justifica pela corriqueira mudança de interpretação de determinadas normas legais, que implicam em mudança de orientação, afetando situações já reconhecidas e consolidadas. A autora também ressalta que “Isso não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente um da como decorrência e imposição da própria evolução do direito”²³.

No Judiciário, a segurança jurídica se manifesta pela linha de entendimento consolidada e aplicada pelos magistrados, o que não ocorre no presente caso, tendo em vista a ausência de uma interpretação uniforme sobre a Res. CONAMA nº 237/97. Essa insegurança jurídica causada pelas diversas decisões judiciais tem origem na ausência de consenso na doutrina e na falta de adoção de apenas um critério pelas normas ambientais.

Com a ausência da Lei Complementar exigida pela Constituição, e a incerteza sobre qual norma aplicar na identificação do critério a ser utilizado para definição do órgão ambiental competente para licenciar, o Poder Judiciário, órgão solucionador de controvérsias, foi instado a se manifestar diversas vezes sobre a questão de qual órgão seria competente para proceder ao licenciamento ambiental.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Malheiros, 2007, p. 433

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 80.

²³ Idem, p. 81

2.2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA

2.2.1. PODE/ DEVE O PODER JUDICIÁRIO INTERFERIR?

O Poder Judiciário vem exercendo importante papel na tutela do meio ambiente. Com os mecanismos processuais de tutela coletiva, o impacto da decisão jurisdicional sobre questões relativas ao meio ambiente passou a alcançar toda a coletividade.

As ações que versam sobre a tutela do meio ambiente costumam tratar de danos ocorridos ao meio ambiente (na maior parte das vezes) ou do conflito de competência para licenciar o empreendimento que se deseja instalar. A Constituição assegura o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na tutela do meio ambiente. Porém, a intervenção do Poder Judiciário nos conflitos de competência administrativa para licenciar merece uma breve reflexão.

Já que a competência administrativa para licenciar é própria do Poder Executivo, e deve ser regulada por atos normativos do Poder Legislativo, constatada a ausência ou falha na realização de uma dessas tarefas, compete ao Judiciário sanar a lesão, ainda que por omissão, ao direito violado. Porém, o Judiciário deve fazer isso sem violar o princípio da separação de poderes.

Conforme lição de José Afonso da Silva²⁴, a separação de poderes fundamenta-se em dois elementos: (i) a especialização funcional, e (ii) a independência orgânica. Para o autor, por especialização funcional, entende-se que cada órgão é especializado no exercício de uma função, enquanto a independência orgânica significa que é necessário que os órgãos sejam efetivamente independentes uns dos outros. Nas palavras do autor:

“Hoje, o princípio não se configura mais com aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e deste com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*”²⁵

²⁴ Op. Cit., p. 109

²⁵ Idem

O Judiciário, ao analisar a questão sobre qual é o órgão ambiental competente para licenciar, deve decidir com base na razoabilidade e proporcionalidade, devendo adotar as medidas necessárias para que não haja violação da separação de poderes.

Sobre o princípio da razoabilidade, José dos Santos Carvalho Filho²⁶ ensina que “o princípio da razoabilidade tem que ser observado (...) à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade”. Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁷ explica que o princípio da razoabilidade impõe o dever de adequação entre meios e fins, vedando que imponha obrigações, sanções e restrições além daquelas estritamente necessárias.

Sobre o princípio da proporcionalidade destaco a lição de José dos Santos Carvalho Filho²⁸:

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.”

As decisões dos juízes devem ser razoáveis e proporcionais. Isto é, o juiz não pode ir muito além do que lhe foi solicitado. Suas decisões devem ser baseadas nas disposições constitucionais sobre competência, atribuições dos entes federados, etc.

O Judiciário, com a função de órgão solucionador de conflitos, que busca a verdade de forma imparcial, pode, e deve, atuar nas lides que versem sobre competência administrativa, solucionando-as. Se os órgãos ambientais não são capazes de solucionar o impasse entre si e com as normas existentes; se nem os Poderes Executivo e Legislativo conseguem dar uma solução para um conflito que ameaça a tutela do meio ambiente; cabe ao Poder Judiciário, tendo em vista seu papel no Estado Democrático de Direito, achar a melhor solução para cada caso.

²⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008, p. 32.

²⁷ *Op. Cit.* p. 76

²⁸ *Op. Cit.* p. 33.

Apesar de não tratar sobre o conflito de competência para licenciar e a intervenção do Poder Judiciário nesse caso, o Acórdão da 5ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região no caso²⁹ MPF x Chevron e Transocean transmitiu o entendimento de que o Poder Judiciário deve adotar os cuidados necessários para não usurpar competência dos demais poderes.

“Assim, o que se verifica é que ao deferir a medida postulada pelo Agravante estaria o Judiciário se substituindo à função do Administrador e se desviando da função Jurisdicional de solucionar as lides.

Com efeito, a ANP, Agência Reguladora para o caso em questão, é quem detém competência e conhecimento técnico para avaliar a melhor solução cabível para evitar a ocorrência de acidentes da mesma natureza, bem como a sanção a ser aplicada às Rés, sem prejuízo da apuração da responsabilidade inclusive criminal.

Outrossim, tem ainda o Requerente poderes institucionais para agir administrativamente independentemente do Judiciário e do transcurso do devido processo legal. Pode juntamente com os órgãos competentes fazer valer o poder de polícia que lhes foram conferidos pelo legislador infraconstitucional e, através de seus agentes e peritos, adotar as medidas cabíveis.” (TRF2, 5ª Turma Especializada, Agravo de Instrumento nº 2012.02.01.004075-2, Relator Desembargador Guilherme Diefenthaler, publicado no E-DJF2R em 10/04/2012)

Conforme entendimento de Édis Milaré³⁰, quando do exercício da tutela jurisdicional do meio ambiente, o magistrado pode deparar-se com duas situações:

“De um lado, a defesa cega de determinados bens ambientais, numa visão reducionista e evitada de insensibilidade ante o imperativo de avanços econômicos e sociais. De outro, as falácias que mascaram a inviabilidade ecológica de empreendimentos, estes sim insensíveis à preservação da qualidade ambiental e dos recursos naturais necessários às presentes e futuras gerações.”

A decisão do magistrado sobre a determinação do órgão competente não é fácil, pois ele tem de conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento econômico.

²⁹ Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão de 1ª Instância que indeferiu o pedido de liminar para que fossem imediatamente suspensas todas as atividades de extração e transporte petrolífero desenvolvidas pelas empresas.

³⁰ *Op. Cit.*, p. 1323.

Durante o processo decisório, é preciso ponderar os interesses em jogo, e a capacidade de realização do licenciamento ambiental da melhor forma possível, objetivando que o País, o(s) Estado(s) e/ ou Município(s) se desenvolvam economicamente de forma sustentável. O magistrado necessita “de uma visão ao mesmo tempo jurídica, socioeconômica e ecológica”³¹.

Os membros do Poder Judiciário devem, sim, intervir nas questões ambientais sobre competência para licenciar. Porém, ao fazerem isso, devem adotar todas as precauções possíveis para proteger o meio ambiente, permitir que haja um desenvolvimento sustentável, e não invadir a competência dos demais Poderes.

2.2.2. A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PARA LICENCIAR E O IMPACTO NA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

A ausência da Lei Complementar exigida pela Constituição para definição da cooperação entre os entes federados para a tutela do meio ambiente causou inúmeros transtornos nos processos de licenciamento ambiental após a Constituição de 1988. Com a competência comum, diversos entes se consideravam competentes para procederem ao licenciamento ambiental. Conforme identificado por Paulo de Bessa Antunes³², “a prática tem demonstrado que os três níveis da administração pública federativa brasileira não agem coordenadamente”, e isso se refletiu nos Tribunais.

O conflito para saber se o licenciamento ambiental de determinado empreendimento seria de competência do órgão ambiental federal, estadual ou municipal, inúmeras vezes acabou se judicializando, diversas vezes sob a forma de Ações Cíveis Públicas, que discutiam se determinado órgão ambiental era, de fato, o órgão competente para licenciar.

Porém, se não era possível identificar a qual órgão competia proceder ao licenciamento, como saber qual a Justiça competente para analisar as questões envolvendo órgãos e entes federativos federais, estaduais e municipais? O simples fato de um órgão federal (Ministério Público Federal, IBAMA, etc.) ter interesse, ou atuar, no processo judicial era suficiente para que a Justiça Federal apreciasse a questão em detrimento da Justiça Estadual?

³¹ Édís Milaré, *op. cit.* p. 1323.

³² *Idem*, p. 113.

Com base no previsto no art. 109, I da CF/88, Marcelo Buzaglo Dantas³³ responde a pergunta da seguinte maneira:

“(...) toda vez que houver efetivo interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, em ação civil pública versando sobre tutela do meio ambiente, a competência para o processo e o julgamento da causa será da Justiça Federal do local da conduta apontada como lesiva, consoante dita o art. 2º da Lei de Ação Civil Pública (...). Assim, na ausência de interesse efetivo, desloca-se a competência para a Justiça Estadual”

O autor ressalta que a hipótese submetida à apreciação judicial deve decorrer de um caso onde a atuação do ente público federal seja essencial, além de o interesse ser efetivo, não bastando alegar e não comprovar. Não havendo interesse federal, o conflito de competência fica deslocado para a Justiça Estadual. Álvaro Luiz Valery Mirra³⁴ identifica que a “orientação que vem prevalecendo sobre o assunto é a de que não é qualquer interesse que autoriza ou impõe o ingresso desses entes no processo, mas um ‘efetivo interesse jurídico’. Não basta simples interesse da União”.

Ao tratar da relação da Justiça Estadual com a proteção ambiental, Paulo de Bessa Antunes também corrobora que “todas as causas que não tenham a União ou uma de suas entidades em polo passivo ou ativo, e que não sejam decorrência de relação de trabalho, deverão ser processadas e julgadas perante a Justiça dos Estados”³⁵.

Tendo em vista que o conflito de competência jurisdicional sobre qual a Justiça competente para apreciar lides decorrentes das ações que questionam a competência administrativa, era um desdobramento da ausência da Lei Complementar dispoendo sobre um critério de definição de competência administrativa específico, Marcelo Buzaglo Dantas soluciona a questão da definição da Justiça competente da seguinte forma:

“A competência administrativa do IBAMA deverá ser exercida somente quando os danos ambientais tiverem uma dimensão regional ou nacional, ou, ainda, em caráter supletivo da atuação dos órgãos municipal e estadual. Fora desses casos, portanto, falece-lhe competência para atuar na esfera

³³ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 18.

³⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 166.

³⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 954.

administrativa e, como tal, inexistente interesse efetivo da referida autarquia a justificar que a mesma venha a participar de eventual ação civil pública, que, **por este motivo, jamais deverá tramitar perante a Justiça Federal.**³⁶
(grifei)

O autor chega a esta conclusão após analisar as disposições normativas da Política Nacional de Meio Ambiente, que em seu art. 10º, §4º, dispõe que é competência do IBAMA proceder ao licenciamento ambiental das atividades e obras de significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, e do disposto na Resolução CONAMA nº 237/97, no caput de seu art. 4º, que dispõe no mesmo sentido. O §3º do referido art. 10º da PNMA estabelece a atuação suplementar do IBAMA em face do órgão ambiental estadual (quando inexistente ou inepto/ omissis), além de fiscalizar as atividades devidamente licenciadas.

Na esteira desse entendimento, destacamos o julgado do Superior Tribunal de Justiça em Conflito de Competência solicitado pelo Juízo Estadual de MG em face de declinação de competência da Justiça Federal:

“A esse respeito, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, cumpre aos juízes federais processar e julgar *"as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho"*.

Assim, para que esteja caracterizada a competência da Justiça Federal, é necessária a efetiva presença de alguma dessas pessoas na relação processual, figurando, necessariamente, na condição de autor, réu, assistente ou oponente.

(...)

Desse modo, **deve-se aplicar ao caso o entendimento consolidado pela Primeira Seção no sentido de que se o Juízo Federal entende inexistir interesse jurídico de ente federal que justifique o processamento do feito naquela Justiça especializada, não há como afastar-se a competência estadual**, a teor do que enuncia a Súmula 150/STJ, segundo a qual *"compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas"*.” (grifei) (STJ, Conflito de Competência nº 110.393/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 06/10/2011)

³⁶ Idem, p. 25

Com base no exposto, à Justiça Federal competirá o julgamento das lides (i) onde a União e o IBAMA forem partes, (ii) quando a área de impacto ambiental direto for regional ou nacional, e (iii) quando o órgão ambiental estadual ou municipal para licenciar e fiscalizar for inepto/ omissor. Quando não tiverem interesse efetivo na causa, e os impactos diretos ocorrerem em mais de um Município, competirá à Justiça Estadual analisar os demais conflitos.

Solucionada a dúvida sobre qual Justiça (Estadual ou Federal) seria competente para analisar os questionamentos sobre competência administrativa, surgiu outro questionamento: qual(is) critério(s) para definição de competência seria(m) utilizado(s) pelos magistrados para definir o órgão competente para licenciar?

2.2.3. INSEGURANÇA JURÍDICA. CONSTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL.

A incerteza de qual órgão ambiental seria o órgão competente para licenciar uma atividade/ empreendimento potencialmente poluidor não era um problema exclusivo da administração pública.

Conforme exposto acima, diversos conflitos de competência chegaram ao Poder Judiciário para que fossem solucionados, como forma de obter segurança jurídica para o processo de licenciamento. Porém, os próprios magistrados nem sempre decidiam da mesma forma, ocasionando uma verdadeira controvérsia jurisprudencial que resultava em mais uma insegurança jurídica.

2.2.3.1. Critérios e parâmetros do Poder Judiciário para definição do órgão ambiental competente.

Na tentativa de identificar quais os principais critérios utilizados pelo Poder Judiciário para definição do órgão ambiental competente para licenciar, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial nos Tribunais Regionais Federais (da 1ª à 5ª Região), no STF e no STJ.

Em decisão proferida pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 973.577/ SP, o Tribunal entendeu que o Município é competente para licenciar obras e atividades quando for de interesse local, se os impactos gerados diretamente pelo empreendimento forem estritamente locais:

“A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de "interesse local" e cujos

impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica.” (grifei) (STJ, 2ª Turma, AgRg em AI nº 973.577/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 19/12/2008)

Em decisão referente ao questionamento do Ministério Público Federal sobre a competência do IBAMA para licenciar Usina Termoeletrica na ilha de São Luiz/ MA (em substituição ao órgão estadual) o TRF1 adotou o critério de definição de competências pela área direta de impacto ambiental:

“Ademais, o § 4º do art. 10 estabelece que é competência do IBAMA o licenciamento no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional e regional, como é o caso dos autos.

Caso não se entenda que há perigo de dano regional resta evidente que o IBAMA tem função supletiva como órgão licenciador *ex vi* do artigo 10 da Lei 6.938/81.

Compete ao IBAMA o licenciamento previsto em caso de dano de âmbito nacional e regional. A zona costeira do país não conhece divisões políticas.

A importância ecológica dos mangues é inquestionável, isto porque *“estão entre os principais responsáveis pela manutenção de boa parte das atividades pesqueiras das regiões tropicais. Servem de refúgio natural para reprodução e desenvolvimento (berçário) assim como local para alimentação e proteção para crustáceos, moluscos e peixes de valor comercial. Além dessas funções, os manguezais ainda contribuem para a sobrevivência de aves, répteis e mamíferos, muitos deles integrando a lista de espécies ameaçadas ou em risco de extinção”*.

Considerando que a Resolução CONAMA nº 237/97 fixou a área sob influência direta dos impactos ambientais do empreendimento como elemento definidor da competência para o licenciamento ambiental, afigura-se correta a decisão impugnada a prestigiar, na espécie, a competência do IBAMA.” (grifei) (TRF da 1ª Região, 5ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.025509-1/MA, Des. Selene Maria de Almeida, e-DJF1 21/11/2008)

O Superior Tribunal de Justiça em decisão de Recurso Especial sobre qual seria o órgão competente para proceder ao licenciamento do desassoreamento do Rio Itajaí-Açu, em Santa Catarina, também decidiu com base no critério da área de impacto do empreendimento. A decisão teve como fundamento o disposto no art. 10, §4º da PNMA, que proclama que ao IBAMA compete licenciar as atividades e empreendimentos de impacto regional ou nacional. Tal decisão fundamentou-se na área de impacto direto do empreendimento englobar toda a zona costeira e o mar territorial, de modo que o impacto passa a ser nacional.

“Concluindo, como bem explanado na sentença, está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.

Desse modo, **é de se manter a competência do IBAMA para o licenciamento das atividades de desassoreamento no Rio Itajaí-Açu, com fulcro no art. 10, § 4º da Lei 6.938/81.**” (grifei) (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 588022/ SC, Ministro José Delgado, DJ 05/04/2004)

Apesar de não ser o critério mais utilizado pelos magistrados para identificar o órgão ambiental competente para licenciar, algumas decisões consideram o critério da predominância do interesse em licenciar.

A 5ª Turma do TRF1, em um processo versando sobre a competência para licenciar a instalação e operação de uma Pequena Central Hidrelétrica (PCH), definiu que, em não sendo a atividade potencialmente causadora de impacto ambiental regional ou nacional, em havendo interesse local, considerando-se o princípio da preponderância do interesse, caberia ao órgão municipal proceder ao licenciamento; ao órgão estadual competiria atuar nos demais casos.

“Merece destaque que: a) é competência do IBAMA o licenciamento de atividades e obras com significativo impacto ambiental (logo, sempre sujeitas à realização de EIA/RIMA – art. 225, § 1º, IV, da Constituição) de âmbito nacional ou regional; b) fora esses casos, a competência do IBAMA é

supletiva, **cabendo os demais licenciamentos**, ou seja, das atividades e obras excluídas do caráter regional e nacional ou cujos impactos ambientais não sejam significativos, **ao órgão estadual (ao órgão municipal, primeiramente, no caso de interesse local, aplicando-se o critério da predominância do interesse**, o princípio da subsidiariedade e a Resolução n. 237/97-CONAMA).” (grifei) (TRF da 1ª Região, 5ª Turma, Apelação Cível nº 2005.36.00.000267-2/MT, Des. João Batista Moreira, Publicado no e-DJF1 em 26/08/2011)

Para esclarecer melhor sobre a relação do princípio da predominância do interesse com a área de impacto ambiental direto, disponibiliza-se trecho de decisão da 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“A Lei Federal nº 6938/81 elenca o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

(...)

A resolução CONAMA nº 237/97 veio regulamentar a atuação dos membros do SISNAMA na execução da Política Nacional do Meio Ambiente, disciplinando critérios para exercício da competência para o licenciamento a que se refere o art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, buscando a integração na atuação dos órgãos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, em conformidade com as respectivas competências. **Tal repartição de atribuições restou fundada na “predominância do interesse” com base nos impactos ambientais da atividade ou empreendimento**³⁷.

Como explicitado na Lei Federal nº 6.938/81, incumbe ao IBAMA o licenciamento ambiental de atividades e obras com grande impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, sem nenhuma derivação para outros aspectos tais como a titularidade do bem, característica ou natureza da atividade”. (grifei) (TRF da 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Apelação Cível nº 2000.51.01.001089-9, Relatora Juíza Federal Convocada Maria Alice Paim Lyard, DJU 04/08/2009)

Em decisão do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos de Embargos de Declaração que objetivavam sanar omissão, contradição e/ ou obscuridade

³⁷ Fonte: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - CONSULTORIA JURÍDICA-PARECER N.º 312/CONJUR/MMA/2004-Assunto: Conflito de competência para licenciamento ambiental.

quanto aos critérios para definição de competência para o licenciamento ambiental (abrangência do impacto ou dominialidade do bem), entre outras questões, foi utilizado o critério da predominância do interesse:

“Note-se que o posicionamento vitorioso acolheu a tese de que o critério para a repartição de competências para o licenciamento ambiental é o da preponderância do interesse, cabendo ao IBAMA realizar o licenciamento quando o impacto ambiental for de relevância nacional. Assim, não há que se falar em critério da dominialidade para o caso em apreço.

Veja-se que o art. 4º da Resolução 237/97 do CONAMA está em conformidade com o entendimento, por maioria, aqui adotado, pois consagra o princípio da prevalência do interesse como direcionamento para o licenciamento ambiental (...)” (grifei) (TRF da 5ª Região, Pleno, ED na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível nº 430543/ AL, Relator Convocado Des. Federal Élio Siqueira, Publicado no Diário Eletrônico em 01/03/2012)

Apesar de algumas decisões considerarem o critério da predominância do interesse, é possível perceber que a maioria das decisões utiliza o critério da área de impacto direto para definir o órgão competente para proceder ao licenciamento. Tal critério fundamenta-se no disposto na Política Nacional de Meio Ambiente e nas disposições da Resolução CONAMA nº 237/97.

A pesquisa realizada mostrou que não é apenas a doutrina que não consegue chegar a um consenso sobre qual critério deve ser adotado para definir de qual órgão ambiental é a competência para licenciar. A ausência da Lei Complementar exigida pela Constituição, o debate sobre a (in) constitucionalidade da Res. CONAMA 237 e da aplicabilidade de seus critérios geravam uma imensa insegurança jurídica.

É neste cenário de incerteza e insegurança jurídica que surge a Lei Complementar nº 140/2011, dispondo sobre as normas de cooperação entre os entes federativos nas matérias relacionadas à proteção do meio ambiente.

3. O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011

Diante da necessidade de se regulamentar os processos de licenciamento ambiental, foi proposto à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar nº 12, de 20 de fevereiro

de 2003³⁸ (PLC 12/2003) que visava fixar normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no que se refere às competências comuns previstas nos incisos VI e VII do art. 23 da Constituição Federal.

Em 2007, o Governo Federal apresentou ao Congresso Nacional outro Projeto de Lei Complementar, o Projeto de Lei Complementar nº 388, de 24 de janeiro de 2007³⁹ (PLC 388/2007) que também se propunha a regulamentar as mesmas disposições constitucionais do PLC 12/2003.

Tendo em vista a identidade de matérias, o PLC de 2007 acabou sendo apensado em 11 de abril de 2007 ao PLC 12/2003.

Após análises, debates e alterações pelas Comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o PLC 12/2003 foi enviado para sanção do Poder Executivo, vindo a ser convertido na Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, que foi publicada no Diário Oficial de União em 09 de dezembro de 2011.

A Lei Complementar nº 140/2011 dispõe sobre as ações de cooperação entre os entes federados, dentre as quais destacamos a competência para licenciar. Apesar de muito aguardada, e de suprir uma omissão normativa que perdurava por mais de duas décadas, a Lei não está isenta de ponderações.

Com isso, passo à análise das disposições legais sobre competência para licenciar, objetivo do parecer.

3.1. REGRAS E PARÂMETROS PARA IDENTIFICAÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE

A Política Nacional de Meio Ambiente proclamava em seu art. 10⁴⁰ que o licenciamento ambiental seria de competência dos Estados, cabendo ao órgão ambiental federal a atuação suplementar, ao mesmo tempo em que era silente sobre a competência dos

³⁸ Informações disponíveis no site da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104885>, acessado em 22/02/2011 às 17:35.

³⁹ Informações disponíveis no site da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339876>, acessado em 22/02/2011 às 23:31.

⁴⁰ Lei n. 6.938/81, art. 10: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, **dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente**, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.” (grifos nossos)

Municípios. Tal dispositivo mostrava-se claramente inconstitucional, pois feria o regime federativo previsto no art. 18 da atual Constituição. Nenhuma norma infraconstitucional pode obrigar um ente federativo a fazer ou deixar de fazer algo que esteja previsto, ou não, na Constituição. Felizmente, a Lei Complementar 140, em seu art. 20, corrigiu essa inconstitucionalidade. O texto do art. 10º da Lei nº 6.938/81 passou a dispor o seguinte:

“A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.”

Essa nova redação permite que todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, realizem o licenciamento ambiental das atividades potencialmente poluidoras ou capazes de causar significativo impacto ambiental. O licenciamento ambiental deixou de ser competência quase que exclusiva dos Estados, e subsidiariamente da União, para ser de competência de todos.

Os legisladores, preocupados em não agravarem a situação de incerteza sobre a competência para licenciar, delimitaram no art. 13 da Lei Complementar, que os empreendimentos e atividades serão licenciados ou autorizados por um único ente federativo, conforme estabelecido pela Lei. Ressalte-se aqui que os entes que não forem competentes não ficarão excluídos do processo de licenciamento, pois poderão se manifestar frente ao órgão responsável pela licença ou autorização (art. 13, §1º).

Esse dispositivo, a meu ver, é criticável, pois o órgão licenciador não é obrigado a seguir a manifestação recebida por outro órgão. É possível que o órgão licenciador “ignore” a recomendação, e isso pode causar danos ao meio ambiente (pela inobservância de algum detalhe que deveria ter recebido maior atenção durante o licenciamento). É possível, também, que atinja, inclusive, os empreendedores que estão licenciando suas atividades e empreendimentos (por exemplo, o Ministério Público pode intervir e questionar judicialmente o licenciamento que está sendo – ou foi – realizado).

A Lei Complementar 140 adota, basicamente, três critérios para definição do órgão ambiental competente: (i) geográfico, (ii) área de impacto ambiental direto, e (iii) em razão da matéria.

O critério geográfico é o mais utilizado pela Lei, tendo em vista que determina de qual órgão será a competência para licenciar como base na localização do empreendimento/atividade que se pretende desenvolver.

Desse modo, é de competência da União proceder ao licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos (i) conjuntamente no Brasil e em país limítrofe, (ii) no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, (iii) em terras indígenas, (iv) em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental, e (v) localizados ou desenvolvidos em mais de dois Estados (art. 7º, XIV, alíneas “a” a “e”). Aos Estados compete promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (art. 8º, XV). E aos Municípios compete promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (art. 9º, XIV, “b”).

O critério de definição de competência que considera a área de impacto ambiental direto, só foi aplicado ao licenciamento municipal. Conforme disposto no art. 9º, XIV, “a”, o órgão ambiental municipal é competente para licenciar os empreendimentos cujo impacto direto seja de âmbito local, conforme tipologia definida pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente. Esta parte final do dispositivo, porém, é inconstitucional. Ao condicionar o licenciamento a ser realizado pelo Município à tipologia a ser definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, a norma está autorizando os Estados a invadirem competência dos Municípios, violando o regime federativo.

O critério definidor de competência em razão da matéria, diz respeito às matérias exclusivas da União, de acordo com a Constituição. Na Lei Complementar, são as competências para licenciar atividades e empreendimentos: (i) de caráter militar, excetuando-se, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas conforme a LC nº 97/99; e (ii) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor de 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.

Enquanto a Lei Complementar especificou as competências para licenciar da União e dos Municípios, aos Estados atribuiu a competência residual (art. 8º, XIV). Os Estados procederão ao licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes de causar degradação ambiental, ressalvadas as competências da União e dos Municípios (dispostas nos arts. 7º e 9º).

O legislador infraconstitucional, atento às dimensões continentais do Brasil e ciente de que nem todos os entes federativos (especialmente os Municípios) terão condições adequadas de desempenhar as ações administrativas previstas na Lei, inseriu a competência supletiva para licenciar (art. 15). De acordo com a competência supletiva, inexistindo órgãos ambientais capacitados ou conselhos municipais de meio ambiente nos Municípios, os Estados deverão desempenhar suas ações administrativas até sua criação (art. 15, II). Em inexistindo órgãos ambientais capacitados nos Municípios, Estados e no Distrito Federal, competirá à União desempenhar as ações administrativas destes entes (art. 15, I e III).

Definir as hipóteses em que cada ente/ órgão ambiental será competente para proceder ao licenciamento não é importante apenas pela facilidade e agilidade em proceder ao licenciamento do empreendimento/ atividade que se deseja desenvolver. Como abordado no tópico abaixo, percebe-se que a definição do órgão ambiental competente passou a ser decisiva, também, na atividade fiscalizadora do empreendimento.

3.1.1. A influência da competência para licenciar na atribuição constitucional de fiscalização

Conforme disposto nos arts. 7º, XII, 8º, XIII e 9º, XIII, compete à União, Estados e Municípios, respectivamente, fiscalizar as atividades e empreendimentos por eles licenciados. Tal disposição está perfeitamente de acordo com a Constituição Federal, tendo em vista a competência comum para fiscalizar.

O caput do art. 17 dispõe que compete ao órgão responsável pelo licenciamento a lavratura do auto de infração, assim como a instauração do devido processo administrativo para apuração de infrações à legislação ambiental, cometidas pelo empreendimento/ atividade licenciada ou autorizada. Em um primeiro momento, é possível visualizar um conflito normativo direto com a Constituição Federal, que determina que União, Estados, Distrito

Federal e Municípios são competentes para fiscalizar empreendimentos e atividades potencialmente causadores de significativo impacto ambiental.

Esta previsão normativa, porém, não impede que os demais entes federativos fiscalizem se os empreendimentos/ atividades estão em conformidade com o disposto na legislação ambiental em vigor: o parágrafo 2º do art. 17 enuncia que “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”.

Visando compatibilizar o disposto no caput do artigo com o previsto no parágrafo 2º, o parágrafo 3º prevê que “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 poluidoras (...) com a legislação ambiental”. Porém, a parte final do dispositivo proclama que o auto de infração lavrado pelo órgão detentor da atribuição de licenciar prevalecerá sobre os autos de infração lavrados por outros entes.

Com base no exposto, me parece que a Lei Complementar organizou a fiscalização dos licenciamentos ambientais, definindo o órgão competente para autuar os empreendimentos em desconformidade com a legislação ambiental. Até este momento não há que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo, apesar de prevalecer o auto de infração lavrado pela autoridade que licenciou o empreendimento/ atividade, ainda que este cause menos impactos financeiros aos empreendedores, seja através da aplicação de multas, seja com obrigações de fazer e não fazer.

3.2. COMPARATIVO COM O REGIME ANTERIOR (RES. CONAMA 237/97)

O quadro abaixo traz as principais semelhanças e alterações no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental inseridas pela LC 140/11 frente às disposições da Res. CONAMA 237/97.

Resolução CONAMA nº 237/97	Lei Complementar nº 140/2011
<p>(1) Competência para licenciar da União: - empreendimentos/ atividades localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país</p>	<p>(1) Competência para licenciar da União: - empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;</p>

<p>limítrofe, no mar territorial, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva, em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União</p> <ul style="list-style-type: none"> - licenciadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites do país ou de um ou mais Estados - destinados a pesquisar, lavar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor de 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 - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada legislação específica 	<ul style="list-style-type: none"> - localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; - localizados ou desenvolvidos em terras indígenas; - localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental; - localizados ou desenvolvidos em dois ou mais Estados - de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, cf. disposto na Lei Complementar nº 97/99 - destinados a pesquisar, lavar, 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; e - empreendimentos 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.
<p>(2) Competência para licenciar dos Estados e do Distrito Federal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - empreendimentos/ atividades localizados em mais de um Município ou em unidade de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal - localizados ou desenvolvidos nas 	<p>(2) Competência para licenciar dos Estados e do Distrito Federal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Aos Estados compete proceder ao licenciamento ambiental das atividades e/ ou empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidores, excetuando-se os casos em que a competência é da União e

<p>florestas e demais formas de vegetação natural ou de preservação permanente relacionadas no art. 2º da Lei 4.771/65, e em todas que assim forem consideradas por normas federais, estaduais e municipais</p> <ul style="list-style-type: none"> - cujos impactos ambientais ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios - delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio 	<p>do Município</p> <ul style="list-style-type: none"> - atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, excetuando-se em Áreas de Proteção Ambiental - Ao Distrito Federal compete atuar nas hipóteses em que o Estado e o Município atuam
<p>(3) Competência para licenciar dos Municípios:</p> <ul style="list-style-type: none"> - empreendimentos e atividades de impacto ambiental local, além das competências delegadas por instrumento legal ou convênio 	<p>(3) Competência para licenciar dos Municípios:</p> <ul style="list-style-type: none"> - empreendimentos/ atividades 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 - localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Preservação Permanente

4. A LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011 RESOLVE O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS PARA LICENCIAR?

Conforme já mencionado, a Lei Complementar nº 140/2011 trouxe diversos critérios definidores e delimitadores de competência, além das diversas hipóteses de atuação dos entes federados. Porém, não adotou um critério específico que pudesse ser aplicado a qualquer conflito, como o critério da área de impacto direto do empreendimento, por exemplo. É importante ressaltar que suas disposições não são exaustivas, tendo em vista que as competências de cada ente federativo são definidas pela Constituição. Somente a Constituição pode determinar quais as competências dos entes federados. A Lei Complementar deve

explicitar algumas dessas competências, sem violar a Carta Magna. Desse modo, a interpretação a ser feita para definir qual o órgão ambiental competente para licenciar, deve levar em conta as disposições constitucionais.

É possível afirmar que a LC 140/2011 solucionou o conflito de competências para licenciar, ao considerarmos que: (i) é a norma exigida pela Constituição para orientar o licenciamento ambiental; (ii) previu as hipóteses (conforme demonstrado no item 3.2) em que cada ente federativo deve atuar no licenciamento ambiental, de acordo com as previsões constitucionais, como, por exemplo, o respeito ao federalismo; (iii) proclamou que o licenciamento ambiental será realizado apenas em um nível federativo, e (iv) previu, também, diversos critérios para a delimitação das competências.

Na prática, porém, não é possível afirmar que os conflitos deixarão de existir. A Lei traz diversos critérios para licenciar, mas não apresenta um rol exaustivo com as hipóteses de atuação de cada ente. Desse modo, é possível que, tendo em vista a importância do empreendimento que se pretende instalar e operar, considerando os impactos econômicos e sociais que o mesmo pode ter na região, mais de um ente federativo entenda ser competente para licenciar, se não houver uma previsão expressa de competência, conforme já mencionado no início do Parecer.

5. CONCLUSÃO

Com a ausência da Lei Complementar exigida pela Constituição, a insegurança jurídica nos processos de licenciamento ambiental perdurou por mais de duas décadas. Tal insegurança decorria, essencialmente, da falta de um critério definidor da competência administrativa. Com isso, mais de um órgão ambiental se considerava competente para realizar o licenciamento, e as pessoas interessadas em desenvolver suas atividades regularmente não sabiam em qual órgão apresentar a documentação, solicitar licenças, pagar as taxas, etc.

Diversas normas, como a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei 6.938/81), e a Resolução CONAMA nº 237/97, objetivavam sanar as dúvidas sobre qual órgão deveria licenciar determinado empreendimento, e qual o critério que deveria ser utilizado para fundamentar tal decisão. Infelizmente, suas disposições eram, por vezes, contraditórias e não se mostravam suficientes para solucionar as dúvidas. Com isso, os questionamentos foram parar na Justiça, que, diversas vezes, definia a competência do órgão para licenciar com base

nos critérios da área de abrangência do impacto (o critério da predominância do interesse, utilizado em algumas decisões, encontrava-se atrelado à área de impacto direto).

Paulo Affonso Leme Machado destacava como sendo uma das tarefas da lei complementar exigida pela Constituição “criar instrumentos que evitem que um Estado da Federação ou um Município possam descumprir a legislação ambiental ao atrair investimentos, praticando um desenvolvimento não sustentado”⁴¹. E continua:

“A lei complementar, com base no art. 23, parágrafo único da CF, deve ter como fundamento a mútua ajuda dos entes federados. Dessa forma, essa lei não visa, e não pode visar, à diminuição da autonomia desses entes, despojando-os de prerrogativas e de iniciativas que constitucionalmente possuem, ainda que não as exerçam, por falta de meios ou de conscientização política. A lei complementar não pode, pois, especificar quais os tipos de licenças ambientais a serem fornecidas pelos Estados e pelos Municípios. Não é função da lei federal mencionada estabelecer prazos para os procedimentos administrativos estaduais e municipais, pois essa matéria integra a organização administrativa autônoma desses entes.”⁴²

A Lei Complementar nº 140/ 2011 traz disposições normativas compatíveis com o esperado por Paulo Affonso Leme Machado. Ao estabelecer a atuação supletiva e subsidiária, a Lei respeita a autonomia constitucional dos entes que não têm meios para atuar de forma adequada, ao mesmo tempo em que não deixa desprotegida a tutela do meio ambiente. A lei não estipula prazos para a realização do licenciamento ambiental, e nem cria tipos de licenças a serem concedidas, de modo que não interfere nas competências administrativas dos entes em editarem as normas que orientarão os processos de licenciamento ambiental.

Apesar de não solucionar, em definitivo, os conflitos de competência, a LC 140/2011 proporciona uma segurança jurídica até então inexistente. Ao elencar algumas hipóteses de atuação dos órgãos ambientais (qual órgão deve atuar em determinada situação), ela reduz as possibilidades de contestação do licenciamento realizado sob alegação de incompetência do órgão que licenciou. Essa segurança jurídica decorre, essencialmente, do fato de a norma estar de acordo com a exigência formal da Constituição: Lei Complementar disporá sobre as formas de cooperação entre os entes federativos.

⁴¹ *Op. Cit.*, p. 118.

⁴² *Idem*, p. 119.

O maior impacto da LC 140 na competência administrativa para licenciar decorre das disposições legais que identificam qual o órgão responsável pelo licenciamento, mesmo que não trate do assunto de forma exaustiva. Para solução dos casos não previstos expressamente, deverão ser aplicadas a Res. CONAMA 237/97 e a Lei 6.938/81, conforme já era feito pelos Tribunais, em conformidade com o disposto na Constituição e na Lei Complementar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DE MORAES, Luíz Carlos Silva. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Ação civil pública: comentários por artigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA, Sidney; GUERRA Sérgio. **Curso de direito ambiental**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco, doutrina, jurisprudência, glossário.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MUKAI, Toshio. **A Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, que fixa diretrizes para a cooperação entre os entes federativos em matéria ambiental.** Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 10, nº 60, p. 88-94, nov./ dez. 2011.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.

TRENNEPOHL, Curt. **Licenciamento ambiental.** Niterói: Editora Ímpetus, 2011.