

Os conflitos de competência no licenciamento ambiental

MARCIA VIEIRA MARX ANDRADE*

Sumário: 1. Introdução. 2. O licenciamento ambiental e o sistema jurídico brasileiro. 3. A competência licenciadora – conflitos decorrentes do exercício da competência comum – o cenário atual. 4. A Resolução CONAMA nº 237/97 – uma tentativa de minimizar os conflitos de competência no licenciamento ambiental. 5. O Princípio da Subsidiariedade como diretriz para solução dos conflitos no licenciamento ambiental. 6. A Lei nº 11.107: Os consórcios públicos como possibilidade para solução dos conflitos no licenciamento ambiental

Enviado em 26 de agosto de 2010 e aceito em 4 de janeiro de 2016.



* Procuradora do Município do Rio de Janeiro aposentada. Pós-graduada em Meio Ambiente pela COPPE-UFRJ, Mestre em Direito da Cidade pela UERJ
| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2667768144963973>

1. Introdução

Como é sabido, antes mesmo do movimento de constitucionalização da proteção ao meio ambiente, à inexistência de previsão constitucional específica não inibiu o legislador, aqui como no exterior, de promulgar leis e regulamentos que, de uma forma ou de outra, resguardavam os processos ecológicos e combatiam a poluição. Ainda hoje, importantes sistemas jurídicos, aí se incluindo os Estados Unidos, protegem eficientemente o meio ambiente sem contar com fundamento expreso ou direto na Constituição.

No Brasil, desde 1988, o meio ambiente foi alçado a direito fundamental sendo também, de outro lado, dever do Estado e da sociedade a manutenção do equilíbrio ecológico que propicie a todos uma sadia qualidade de vida.

Para a concretização de tais valores e objetivos constitucionais o Poder Público deverá exercer competências legislativas e administrativas ou implementadoras que se encontram repartidas no texto da Constituição de 1988.

Para distribuir essas competências o constituinte de 1988 criou um sistema bastante complexo. Fez um corte horizontal onde previu competências privativas ou exclusivas, mas também, em um corte vertical, previu competências concorrentes e comuns.

A matéria ambiental, salvo raríssimas exceções que prevêm competências privativas, se insere no âmbito da competência legislativa concorrente e no da competência administrativa comum. São, portanto, campos nos quais se reclama a atuação conjunta de todos os entes federativos sobre um mesmo objeto, qual seja: a proteção do meio ambiente.

Verifica-se então que se sob uma perspectiva a atuação conjunta dos entes públicos se mostra como grande possibilidade de concretização dos valores constitucionais almejados, já que a reunião dos entes poderá tornar efetivo aquilo que um deles, isoladamente, não poderá fazer, sob outra, em diversas situações, tem se revelado enorme causa de ineficiência governamental decorrente dos freqüentes conflitos de competência que acarretam, no mais das vezes, superposição de atuações com significativo desperdício de recursos públicos.

O licenciamento ambiental tem sido um exemplo emblemático da absoluta falta de integração entre os entes federativos, propiciando, não raro, o descumprimento de normas de proteção ambiental além da violação de diversos dispositivos constitucionais relativos à matéria.

Porém, antes de iniciarmos o estudo deste importante instrumento de proteção do meio ambiente, parece-nos oportuno situá-lo dentro de nosso sistema jurídico.

2. O licenciamento ambiental e o sistema jurídico brasileiro

Constata-se que no Brasil, até a década de 60 a questão ambiental não existia juridicamente. Havia apenas algumas iniciativas pontuais do Poder Pública mais como conservação do que propriamente preservação. Era a fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental¹, em que a conquista de novas fronteiras (agrícolas, pecuárias e minerárias) era tudo o que importava na relação homem-natureza. Tinha na omissão legislativa seu traço

¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. Introdução do direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n.14, P.51, 1999.

preponderante, relegando-se eventuais conflitos de cunho ambiental ao tratamento pulverizado, assistemático e privatístico dos direitos de vizinhança.

Num segundo momento, segundo informa Benjamin², houve a fase fragmentária, em que se manifesta uma preocupação do legislador com alguns recursos naturais, nas não ainda como o meio ambiente em si mesmo considerado. É a fase em que foram editados o Código Florestal, em 1965; os Códigos de Caça, de Pesca, e de Mineração, todos em 1967; a Lei de Responsabilidade por Danos Nucleares, de 1977; a Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição, de 1980.

A terceira fase foi marcada pela reorientação radical de rumo, onde se passa a perceber que o meio ambiente deve ser protegido de maneira integral, ou seja, como um sistema integrado no qual se resguardam as partes a partir do todo. Esse momento é marcado pela edição da Lei nº 6.938 de 1981 que institui a Política Nacional do Meio Ambiente e cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) a partir do qual se inicia, verdadeiramente, a proteção ambiental no país. Mais recentemente, com idêntica visão abrangente, é aprovada a Lei dos Crimes Ambientais em 1998.

Interessa-nos, no presente trabalho, o exame de alguns dispositivos da antes mencionada Lei nº 6.938/81 para que possa ser introduzido o tema relativo ao conflito de competências presente no exercício da competência comum, e, mais especificamente, no licenciamento ambiental. É o que se passa a fazer.

No art. 9º da citada Lei federal, encontram-se estabelecidos os vários

instrumentos jurídicos de realização da Política Nacional do Meio Ambiente, cabendo destacar: os padrões ambientais; o zoneamento ambiental, o licenciamento ambiental, a avaliação de impacto ambiental, as áreas especialmente protegidas, a produção e circulação de informações ambientais, a responsabilidade civil pelo dano ambiental; sanções administrativas e penais e incentivos econômicos.

Destaca-se o licenciamento em virtude de ser o mesmo considerado pela doutrina³ como o instrumento que mais ampla e eficazmente concretiza os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente dado seu caráter preventivo.

Com efeito, no processo administrativo de licenciamento, o órgão público competente, por provocação do interessado, pode averiguar a legalidade e as condições técnicas de obra ou atividade, de modo a expedir a licença ou negá-la, se não forem preenchidos os requisitos legais. Ao conceder a licença, outrossim, a Administração Pública pode efetuar uma série de exigências técnicas a serem seguidas pelo interessado, de modo a evitar ou mitigar os danos e impactos sobre o meio ambiente.

Ademais, trata-se da forma mais frequente de controle da Administração Pública sobre as atividades de particulares ou do próprio Poder Público poluidoras ou capazes de causar danos ambientais.

3. A competência licenciadora – conflitos decorrentes do exercício da competência comum – o cenário atual

³ ALONSO JR., Hamilton. Da competência para o licenciamento ambiental. In DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2.ed., p.43, 2002.

² Ibid.

O art. 10 da Lei nº 6.938/81 determina que “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”.

Ressalte-se que a citada lei federal só faz referência aos órgãos ambientais dos Estados e, supletivamente, ao IBAMA no que se refere à atribuição de competência de fixar restrições para as atividades poluidoras (art. 18). No entanto, o artigo 19 do Decreto nº 99.274 de 06.06.1990 que a regulamenta, ao disciplinar os tipos de licenças exigidas, afirma que “o poder público vai emití-las”, o que certamente inclui os órgãos municipais, tendo-se em conta que tal diploma legal foi editado anteriormente à Carta de 1988.

Assim, em face da competência comum prevista no art. 23 não resta dúvida de que os três entes são competentes para emitir licenças ambientais.

Dessa afirmação surge a premente necessidade de identificar-se no sistema jurídico atual, e enquanto não for editada a Lei Complementar a que se refere o parágrafo único do art. 23, os critérios para a definição do órgão competente, já que não nos parece que a competência comum prevista no caput do mencionado artigo deva ser compreendida como atuação simultânea de todos os entes sobre o mesmo objeto.

A competência para o licenciamento ambiental das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras é questão de debate acirrado na atualidade, pois os Estados

que na frente dos Municípios se organizaram para a efetivação desse importante instrumento da política nacional do meio ambiente veem a ameaça de esvaziamento parcial de suas funções com a organização, pelos entes federativos municipais, de suas próprias agências licenciadoras.

Surge assim o conflito de competência já que, na prática, há empreendimentos que todos os entes querem licenciar enquanto que há outros, provavelmente, de menor visibilidade, que nenhum deles se apresenta.

Ademais, a falta ou a simples demora do licenciamento, dependendo do caso concreto, implica prejuízos ambientais, além de, em algumas hipóteses legalmente previstas, a ausência de licenciamento impede o exercício da atividade econômica ou determina sua paralisação, conforme dispõe o art. 170, parágrafo único da Constituição Federal.

De outro giro, o licenciamento ambiental realizado por órgão administrativo incompetente é inválido, a exemplo dos procedimentos administrativos em geral, pois, como registra Hely Lopes Meirelles⁴, “para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade”.

Assim, repita-se, a definição do órgão competente para a realização desse instrumento é questão de suma importância.

Nesse contexto, antes mesmo da edição da lei complementar a que alude o parágrafo único do art. 23 da Carta da República, que, como se sabe, irá fixar as regras gerais de cooperação entre os entes federativos para o exercício da competência comum, foi editada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA – a Resolução nº 237 de 19.12.1997

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 20.ed., p.134, 1995.

com o objetivo de regular a atuação integrada nos órgãos que compõem o SISNAMA em conformidade com as respectivas competências no que respeita aos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental.

Resoluções, consoante leciona Diógenes Gasparini⁵, constituem o meio utilizado por órgãos colegiados para externalizar e instrumentar suas deliberações em assuntos da respectiva competência ou sobre o próprio funcionamento.

Para Hely Lopes Meirelles⁶, são atos administrativos normativos expedidos quer por altas autoridades do Poder Executivo, quer por presidentes de tribunais, órgãos legislativos ou colegiados administrativos, com o objetivo de disciplinar matéria de suas respectivas competências específicas.

Assim, muitos autores entendem que não seria a resolução a via adequada a regulamentar matéria que a Constituição expressamente atribuiu à lei complementar⁷. Constate-se o posicionamento de Marcelo Dawalibi⁸:

Pairam, no entanto, sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da Resolução CONAMA nº 237/97, principalmente porque o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal determina que as normas de cooperação para o exercício da competência comum devem ser feitas mediante lei complementar. Parece-nos,

pois que a Resolução nº 237 é inconstitucional, posto que se propõe a disciplinar um tema, que segundo a *Lex Legun*, deve ser tratado por lei complementar. Por ora, e até o advento de tal lei complementar, a solução, a nosso ver, é a interpretação harmônica entre as regras estabelecidas pela Lei Federal nº 6.938/81 e o sistema de repartição de competências instituído pela Constituição Federal, em seu art. 23, conforme já expusemos.

Nos termos do estabelecido pelo art. 8º da lei 6.938/81 o CONAMA possui a “finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”.

Dentre suas competências em lei estabelecidas, destaca-se o poder de regulamentar, mediante proposta quer do IBAMA quer do correspondente Ministério, a respeito de normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

Compete igualmente ao CONAMA, dentre outras funções, “baixar as normas de sua competência necessárias à execução e implementação da Política do Meio Ambiente”, além de estabelecer, com os requisitos indispensáveis à proteção ambiental, normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.” (art. 7), inc. II do decreto 99.274 de 06.06.1990).

Logo, nos termos do citado dispositivo, cumpre ao CONAMA estabelecer padrões,

⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, p.73, 1989.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 20.ed., p.165, 1995.

⁷ ANDRADE, Felipe Augusto Vieira. Resolução CONAMA n.237 de 19 dez. 1997: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e da ilegalidade. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.13, p.107-108, 1999.

⁸ DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. São Paulo: Forense Universitária, 2.ed.,p.104, 2002.

critérios e normas gerais, de caráter nacional, os quais devem ser observados pelos Estados e Municípios, sem prejuízo de que essas pessoas políticas estabeleçam outros em suas respectivas circunscrições.

Nessa perspectiva, parece-nos mais adequado identificar essa competência com a noção ainda pouco utilizada tanto pela doutrina como pela Jurisprudência proposta por Sonia Rabello de Castro⁹ no sentido de que, nessa hipótese, o CONAMA estaria editando ato normativo de polícia. Confira-se:

Os atos normativos decorrentes do poder de polícia são atos cujo conteúdo pode ter um significativo grau de abstração e/ou generalidade, características estas que os assemelhariam aos atos legislativos; entretanto, não são atos politicamente legislativos, ou seja, não decorrem da vontade política de quem os elabora, mas são editados em função do poder-dever da administração pública de executar e adimplir o poder de polícia que a lei atribui-lhe. Decorrentemente estes atos, como atos administrativos normativos, devem se concebidos, editados e controlados como o são os atos administrativos em geral.

Os atos normativos de polícia administrativa existem porque a lei defere competência a determinado órgão ou agente da administração pública para agir no sentido de administrar e gerir determinado interesse público.

Ora bem. A concepção dessa outra modalidade de poder de polícia se aplica perfeitamente à Resolução ora em estudo, já que foi editada por um órgão integrante do

Poder Executivo e não pelo respectivo chefe,¹⁰ no exercício do poder conferido pela Lei nº 6.938/81 com o objetivo de gerir o interesse público consubstanciado genericamente na proteção do meio ambiente e, de modo específico, no licenciamento de atividades potencialmente poluidoras.

Entretanto, aqueles que vislumbram na Resolução CONAMA nº 237/97 vícios de inconstitucionalidade, alegam que apesar de o referido Conselho estar investido da mencionada competência normativa para deliberar sobre normas e critérios para o licenciamento de atividades não estaria ele autorizado a estabelecer competência o que, como se sabe, apenas a Constituição pode fazer.

Segundo esse entendimento¹¹, ao estabelecer, em seu art. 7º que os empreendimentos e atividades de significativo impacto ambiental deverão ser licenciados em um único nível de competência, o mencionado ato normativo estaria violando o art. 23 que confere a competência comum.

Assim, nos termos dessa corrente, ao fixar que ao IBAMA caberia o licenciamento de âmbito nacional ou regional (art. 4º), ao órgão estadual caberia o licenciamento de empreendimentos desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação (art. 5º, inc. I) assim como naqueles desenvolvidos em florestas e demais formas de vegetação natural de preservação

¹⁰ Conforme salientado por CASTRO no trabalho referido, o poder de polícia normativo é distinto do poder regulamentar, já que dentre outros aspectos não é exercido pelo chefe do Executivo, mas por órgão técnico integrante daquele poder.

⁹ CASTRO, Sonia Rabelo de. **O poder de polícia normativo: o direito urbanístico e as normas de planejamento urbano**. 2001. Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Rio de Janeiro, p.104-105, 2001.

¹¹ ANDRADE, Felipe Augusto Vieira. Resolução CONAMA nº 237 de 19 dez. 1997: um ato normativo inválido pela eiva de inconstitucionalidade e da ilegalidade. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.13, p.109, 1999

permanente (art. 5º, inc. II) e, finalmente, ao Município caberia o licenciamento de atividades de âmbito local (art. 6º), a Resolução nº 237/97 estaria traçando regras de competência entre os entes federados, especialmente quando exclui os demais entes ao dispor que o licenciamento se dará em um único nível, matéria reservada à Constituição.

Para os seguidores dessa linha de pensamento a "proteção ambiental cumulativa significa um grande avanço na preservação dos recursos naturais, visto que, dessa forma, pode-se neutralizar a corrupção e as influências inoficiais que acontecem nas outras esferas de estado" ¹².

Ademais, os que fazem essas críticas à aludida norma também acrescentam que alguns artigos, do que é exemplo o §2º do art. 4º, permitem a possibilidade de delegação de competências entre os órgãos integrantes do SISNAMA o que representa "óbvia e inaceitável renúncia do poder-dever de controle e licenciamento por parte dos governos das unidades federadas".

Alegam ainda os críticos da mencionada Resolução que o conceito de impacto por ela utilizado como critério definidor da competência está a infringir o art.3º da Lei Federal nº 6.938/81, bem como o art. 225 da Constituição, pois "o conceito de impacto, assim como sua vinculação a circunscrições territoriais, ou parâmetros geográficos (art. 1º, inc. III; art. 4ª, incs. I a V; art. 5º, incs. I a III e seu parágrafo único e art. 6º) está desvirtuado em relação ao disposto no caput do art. 225, do Texto Constitucional, eis que não só a afetação adversa e direta do meio ambiente constitui poluição ou degradação,

mas, evidentemente, também os impactos indiretos ou reflexos decorrentes da ação, omissão, obra, empreendimento ou atividade..." ¹³.

Em relação ao critério utilizado para fixar a competência licenciadora conclui Marcelo Dawalibi que: "considerando que todos os entes federativos possuem competência executiva ou implementadora comum (art. 23, VI da CF) e que a União, Estados e Municípios integram o SISNAMA (art. 6º da Lei 6.938/81), o critério de fixação de competência licenciadora ambiental será pela determinação, em cada caso concreto, da área de influência ambiental, sendo competente o órgão licenciador da pessoa jurídica de direito público com interesse ambiental preponderante. Por vezes, no entanto, referida resolução afasta-se do critério constitucional da preponderância do interesse vinculado à influência direta do impacto ambiental, por exemplo, quando utiliza o critério da dominialidade do bem, entrando em rota de colisão com a autonomia dos entes federativos. Quando isso ocorre, o dispositivo desrespeitador da Lei Maior evidentemente deve ser desconsiderado diante de sua inconstitucionalidade ou deve ter tal vício declarado em sede própria".

No que se refere ainda ao critério de fixação de competência para licenciar convém também transcrever o posicionamento de Alonso Jr.¹⁴:

O interesse ambiental preponderante indicará o ente federativo competente, pois, como explica José Afonso da Silva, a exemplo do que ocorre na divisão de

¹² DALLARI, Adilson Abreu. Política municipal do meio ambiente. *Revista CEPAM*. São Paulo: Editora do próprio cepam, ano II, n.1, p.11, 1991.

¹³ *Ibid.*, p. 112.

¹⁴ ALONSO JR., Hamilton. Da competência para o licenciamento ambiental. In DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2.ed., p.45, 2002.

competência para legislar, “... o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão naquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local...” Nessa vertente, para determinação da entidade federativa com atribuição para licenciar, o caminho natural deve ser o desenvolvido pelo próprio legislador constituinte no campo das demais divisões de competência administrativa e para legislar (arts. 21, 22, 23, 24, 25 e 30 todos da CF) : o princípio geral da predominância do interesse.

Assim, parece-nos que o melhor entendimento seja mesmo o exposto por Marcelo Dwallibi e anteriormente transcrito no sentido de aferir-se a preponderância do interesse a partir da área de influência do impacto que se afigura bem mais concretizável, pois é perfeitamente possível verificar-se essa área através de estudos técnicos e, portanto, suscetível de maior controle.

De todo modo, o critério da dominialidade deve ser afastado consoante afirma o referido autor¹⁵, especialmente em virtude da natureza difusa e inapropriável do bem em questão, constate-se:

Anote-se que não é fator decisivo estar o empreendimento dentro dos limites de determinada cidade, pouco importando, ainda, a titularidade da área onde será realizada a atividade e/ou obra. O raio de influência ambiental é que indicará o interesse gerador da fixação da atribuição, traçando-se uma identificação da competência licenciadora com a

competência jurisdicional (art. 2º da Lei Federal nº 7.347/85) – local do dano ambiental.” (grifos do original)

Uma vez delineado o cenário atual no qual se explicitou os problemas e as críticas mais frequentes, acerca da Resolução CONAMA nº 237/97, passa-se então a examinar as possibilidades normativas, doutrinárias e jurisprudenciais que possam, senão resolver, ao menos, mitigar os conflitos de competências.

4. A Resolução CONAMA nº 237/97 – uma tentativa de minimizar os conflitos de competência no licenciamento ambiental

Muito embora a Resolução CONAMA nº 237/97 venha sendo bastante criticada pela doutrina especializada, consoante se evidenciou no tópico anterior, não se pode olvidar que há autores que vem propondo sua compatibilização com a Carta vigente. Confira-se, a seguir.

Em relação à competência licenciadora do Município expressamente mencionada no art. 10 é de registrar-se que a Resolução nº 237/97 não criou competência nova, mas sim, disciplinou o sistema que já existia desde 1981 e, que foi recepcionado pela atual Constituição. Neste sentido, afirma Vanêscia Buzelato Prestes¹⁶ em interessante trabalho sobre a competência municipal em matéria ambiental: “o reconhecimento dos Municípios como licenciadores ambientais apenas vem disciplinar situação preexistente, especialmente após a Constituição de 1988, que estabeleceu competências expressas aos mesmos, notadamente quando existir interesse local. Aliás, municípios como São

¹⁶ PRESTES, Vanêscia Buzelato. Instrumentos legais e normativos de competência municipal em matéria ambiental. **Revista Interesse Público** (Caderno de Direito Municipal). Cidade: Editora, n.9, p.125, 2003

¹⁵ Op.cit. p.45

Paulo e Curitiba já eram licenciadores antes mesmo da Resolução, o que denota que esta não criou competências para os Municípios”.

Com relação à menção ao licenciamento em um único nível de competência (art. 7º da Resolução) impõe-se, uma vez mais, transcrever o pensamento de Dawalibi:

A questão delicada e ensejadora deste estudo é saber o que cabe a cada pessoa jurídica de direito público apreciar. Quais os empreendimentos de competência do órgão licenciador municipal, estadual e federal? Isto porque é inadmissível mais de um licenciamento a respeito do mesmo empreendimento (cf. art. 7º, Resolução nº 237/97).

De fato, parece-nos que antes de excluir a competência dos demais entes inicialmente também competentes, o fim visado pelo citado artigo é evitar a superposição de licenciamentos, o que certamente, é prejudicial não apenas para o empreendedor, que terá o início de sua atividade postergado até que as exigências dos diversos órgãos sejam atendidas, como também para o Poder Público que exercerá funções idênticas e simultâneas sobre o mesmo empreendimento, despendendo recursos que poderiam ser utilizados em outros empreendimentos. E, por fim, para o meio ambiente na medida em que enquanto os técnicos dos órgãos ambientais dos entes federativos estiverem analisando o projeto submetido a licenciamento, certamente estarão deixando de lado a utilização dos demais instrumentos igualmente previstos no art. 9º da Lei nº 6.938/81.

Com relação aos efeitos para o empreendedor é de considerar-se que as infundáveis exigências que levam muitas vezes ao dúplice ou tríplice licenciamento poderá, eventualmente, acarretar a violação do direito

ao livre exercício de atividade econômico assegurado no art. 170 da Constituição Federal.

Até porque não se poderá entender que o constituinte ao prever que a proteção ambiental é um princípio informador da atividade econômica, sujeitando determinadas atividades ao prévio licenciamento ambiental, pretendeu que ele fosse realizado concomitantemente pelos três entes federativos sobre o mesmo objeto.

Vale frisar, conforme registra o autor antes citado¹⁷, “que a regulamentação da competência para licenciar estabelecida pela Resolução CONAMA nº 237/97, tem o mérito de tentar evitar a duplicidade de procedimentos e eventuais conflitos no licenciamento, bem como a transferência da obrigação de um ente federativo para o outro. Isto porque a experiência mostra que todos querem licenciar determinados empreendimentos. Outros, ninguém se habilita. Politicamente, por vezes, uma atividade é interessante. Outras representam um ônus sem retorno. Em São Paulo, Estado e Município digladiam-se para o licenciamento de atividades. Recentemente, as duas pessoas jurídicas de direito público entraram em conflito (intermediado pelo Ministério Público) para procederem ao licenciamento de uma unidade de tratamento de resíduos hospitalares. Esse mesmo empenho licenciador não é verificado em outras atividades, principalmente por parte do ente municipal.”

¹⁷ ALONSO JR., Hamilton. Da competência para o licenciamento ambiental. In DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2.ed., p.47, 2002

Em igual sentido manifesta-se Toshio Mukai¹⁸:

Por essa razão merece elogios o CONAMA, pois compatibilizou o sistema de competência nos licenciamentos aos ditames da Carta Magna, dando competência implementadora a quem constitucionalmente a tem, possibilitando, outrossim, que o ente federativo diretamente atingido dentro do raio de influência do dano ambiental (potencial ou concreto) ocupe-se com a questão que lhe diz respeito.

Oportuno é o comentário de Andréas Krell com arrimo na lição de Paulo Afonso Leme Machado¹⁹ sobre o art. 7º que estabelece o licenciamento em um único nível:

O objetivo de um licenciamento ambiental “em um único nível de competência” (art. 7º, Res. Nº 237/97 somente pode ser alcançado através da celebração de convênios) Todavia, não se nega de forma alguma a utilidade econômica e administrativa da celebração de convênios entre os diferentes níveis governamentais para sintonizar a atuação dos seus órgãos ambientais “no espírito” da Resolução nº 237/97 do CONAMA. Somente deve ficar claro que este redimensionamento não pode ser imposto de cima para baixo, através de leis, decretos ou resoluções. Onde normas estaduais estabelecem que os municípios “devem se credenciar” junto aos órgão estadual para poderem exercer o licenciamento ambiental, isto significa – juridicamente – que o estado exorta os entes locais a tomar essa atitude e se obriga a não realizar licenciamento próprio dos respectivos empreendimentos autorizados pela prefeitura.

A tradição da autonomia administrativa sempre dominante no Brasil nunca

permitiu uma restrição das tarefas e dos serviços municipais pela legislação estadual ou federal. Uma reformulação dessas competências administrativas comuns seria possível somente através da citada lei complementar, que deve regulamentar o art. 23, parágrafo único, CF.

Portanto, o licenciamento em um único nível deve ser buscado, ante a inexistência da lei complementar, através de convênios e acertos espontâneos, a exemplo do que já ocorre atualmente com as reuniões tripartites conduzidas no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, e não através de imposições legais editadas por alguns Estados²⁰ que em verdade violam a regra constitucional que estabelece a competência comum.

Nesse cenário, parece-nos que a referida Resolução não estaria afrontando o parágrafo único do art. 23, mas, muito ao contrário, viabilizando, à míngua da lei complementar requerida, a implementação desse importante instrumento da política nacional de meio ambiente.

Igualmente, o fato de o art. 7º prever que as atividades de significativo impacto ambiental deverão ser licenciadas em um único nível, não significa que estaria suprimindo a competência comum conferida pelo art. 23. Isso porque, consoante afirmou, entre outros, Luís Roberto Barroso²¹, embora as competências mencionadas no art. 23 sejam comuns, em princípio, não há

¹⁸ MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. São Paulo: Forense Universitária, p.88, 1988.

¹⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1.ed., p.260, 2003. Apud KRELL, Andréas, **Discricionariedade e Proteção Ambiental**

²⁰ Refiro-me à leis estaduais que estabeleçam quais os empreendimentos estariam sujeitos ao licenciamento perante o órgão estadual e quais deveriam ser licenciados pelo órgão municipal

²¹ Barroso, Luís Roberto A proteção do meio ambiente na constituição brasileira. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.161-178, out.-dez 1992.

superposição de atribuições. São esferas distintas, autônomas de atuação.

Assim, parece-nos que a solução dos problemas envolvendo os conflitos que, em verdade, na prática têm se mostrado inevitáveis, seria a ideia do licenciamento mediante ato complexo, em um único nível, porém, com a participação dos demais entes que possam também vir a sofrer os impactos decorrentes do empreendimento a ser licenciado. Esse entrosamento entre os entes poderia ser delineado através da celebração de convênios, nos termos antes sugeridos.

Contudo, devemos reconhecer que essa via ainda não se encontra pavimentada, consoante se pode verificar na decisão do STJ proferida no julgamento do Recurso Especial nº 2003.01597545-SC,²² cuja ementa se transcreve:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL.

1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.

2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios de direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da Terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.

²² Entendimento que se mantém consoante se verifica em trabalho publicado em 2009 por Paulo Affonso Leme Machado in *Advocacia Ambiental: Segurança Jurídica para*

Empreender. Coordenadores; Edson de Oliverira Filho, Flávio Ahmed, Luiz Carlos Aceti Jr.,

Samir Jorge Murad e Werner Grau Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2009, pp.1-13.

3. Não merece relevo 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. Os bens ambientais são transacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.

4. Está diretamente afetado 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 do 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.

5. Recursos especiais improvidos.
(grifou-se)

Nesse caso pensamos que a solução mais adequada seria no sentido de que o órgão federal fosse consultado durante o processo de licenciamento processado no órgão estadual que passaria a ser ato complexo e não como decidiu o STJ sobre a necessidade de realizarem-se dois licenciamentos concomitantes.

Há que se perceber que o problema dos conflitos hoje está situado na questão da exclusividade do licenciamento. Vale dizer, mais de um ente público se considera unicamente competente para apreciar o

pedido de licenciamento de determinadas atividades ou empreendimentos, com exclusividade dos demais.

A proposta do licenciamento com a participação de outros entes, de um lado, se nos afigura mais consentânea com a competência comum estabelecida no art. 23 da Carta da República, e de outro, elimina a superposição de atuações já que o ente competente antes de concluir sua análise, encaminharia os documentos para que haja manifestação do outro ente que poderia vir a sofrer influência do novo empreendimento.

E então surgiria a seguinte indagação: qual seria a natureza jurídica dessas manifestações? Caso um desses órgãos se manifestasse contrariamente ao licenciamento do empreendimento, a esse posicionamento estaria o ente inicialmente competente vinculado?

Pensamos que não, já que o competente é aquele que sofrerá mais intensamente os efeitos da implantação do empreendimento. Contudo o órgão ambiental desse ente federativo, ao decidir, deverá motivar fundamentadamente, inclusive abordando os pontos levantados pelo órgão ambiental do outro, para justificar sua manifestação contrária.

Por certo a argumentação a ser construída pelo órgão licenciador deverá se revestir da maior clareza possível, expondo de forma analítica as razões que o levaram a dissentir da manifestação emanada do outro ente que também irá sofrer os impactos do empreendimento e que o levaram a fazer determinada escolha. Tal decisão, como se sabe, estará sempre sujeita ao controle da população e do Poder Judiciário, caso essa motivação não seja suficiente, o que é próprio do regime democrático.

A ideia do licenciamento como ato complexo com a coparticipação de outros entes que possam também vir a sofrer influência do empreendimento a ser licenciado é a que, a nosso ver, melhor compatibiliza os termos da Resolução CONAMA 237/97, com a Lei 6.938/81 e, principalmente, com o art. 23 da Constituição Federal.

Como se sabe, ao intérprete, e, mais especificamente, ao Poder Judiciário cabe, antes de declarar que uma determinada norma é inconstitucional, tentar harmonizá-la com a Constituição. Nesse desiderato, se houver mais de duas interpretações possíveis, sendo que uma delas conduz à constitucionalidade da norma examinada, essa deve ser a escolhida.

Pois bem, se a resolução em estudo não foi até o momento declarada inconstitucional, sendo possível interpretar alguns de seus dispositivos em conformidade com a Constituição, tirando, inclusive, grande proveito para a solução dos conflitos de competência, esse esforço deverá ser feito.

5. O Princípio da Subsidiariedade como diretriz para solução dos conflitos no licenciamento ambiental

Tendo se originado no âmbito da Igreja Católica, a subsidiariedade foi acolhida pelo direito público como princípio informador de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade.

A Carta de 1988, ao conferir ao Município autonomia política, legislativa e financeira,

bem como a gestão dos assuntos de interesse local, com respectivos poderes e competências para sua execução satisfatória, construiu o suporte necessário à aplicação do princípio da subsidiariedade.

Considerando o disposto no parágrafo único do art. 23 da Constituição da República que estabelece a necessidade da elaboração de uma lei complementar para fixar normas de cooperação entre as pessoas políticas, embora tal norma ainda não tenha sido criada, deve-se entender que como se trata de exercício de competência comum, a proteção ao meio ambiente deverá se dar mediante a cooperação entre os entes federativos, prestigiando a descentralização e fortalecimento do poder local, nos termos do princípio citado, independentemente de tal norma, conferindo-se efetividade aos demais dispositivos constitucionais que tratam da matéria, em homenagem ao princípio da supremacia da Constituição.

Nesse propósito, se nos afigura perfeitamente viável que nos grandes centros que reúnam os pressupostos de estruturação a que alude a Resolução CONAMA nº 237/97 e excluídas as hipóteses de licenciamento originário do IBAMA, o licenciamento de atividades, seja efetuado, tanto quanto possível, pelo órgão municipal devendo o órgão estadual atuar apenas supletivamente, em relação aos Municípios que ainda não dispõem de condições institucionais para fazê-lo, e nas hipóteses nas quais não seja suficiente a análise apenas do órgão ambiental municipal pelo fato de o impacto ter reflexos regionais. Nesse caso o órgão estadual deverá emitir pronunciamento e participar de tal ato que será complexo.

Torna-se então imprescindível uma crescente integração das instituições nos três

níveis de poder com o fim de estabelecer um modelo de gerenciamento ambiental descentralizado de modo a obter-se o controle efetivo da execução de políticas ambientais especialmente num país de porte continental como o Brasil.

Sobre esse aspecto ressalta Krell²³: “já se constatou que somente no âmbito local é possível obter uma imagem precisa das partes concretas do meio ambiente da região, bem como decidir quanto à melhor forma de proteção às mesmas. Além disso, somente as ações das Prefeituras podem ser diretamente submetidas ao controle da população”.

Logo, é de entender-se que ao lado de estabelecer padrões suplementares aos fixados em normas federais e estaduais, deverá o Município outorgar licenças ambientais que é, como visto anteriormente, o instrumento através do qual o Poder Público mais efetiva e concretamente desempenha a obrigação que lhe é imposta no art. 225 da Carta da República, deixando para os demais entes, especialmente a União, o planejamento, o zoneamento ambiental que também são importantes instrumentos de consecução dos fins estabelecidos no citado dispositivo.

Ademais, é através do licenciamento ambiental que a Administração Pública atua preventivamente dando cumprimento aos princípios básicos que lhes são cometidos pelo art. 37 da Constituição Federal, sobretudo o da legalidade, publicidade e moralidade. É, por isso, o instrumento por excelência de controle e prevenção da poluição.

O exercício do licenciamento ambiental por parte do Município, consoante já ocorre no Rio de Janeiro, Porto Alegre e São Paulo, dentre outros municípios, não só desafoga os

²³ KRELL, Andréas Op.cit.p.8.

órgãos estaduais que, não raro, se encontram sucateados em virtude da histórica falta de investimentos em pessoal e equipamentos, como, atendendo ao princípio da subsidiariedade, propiciará maior eficiência.

O licenciamento ambiental efetuado pelas Prefeituras nos parece razoável e adequado tanto nos casos de atividades cujos impactos estão ligados à questão urbanística tais como: a instalação de postos de gasolina, matadouros, serrarias, empreendimentos habitacionais que requeiram a implantação de estação de tratamento de esgoto, como também de indústrias, já que nesses casos, muito poderá ser realizado em prol do meio ambiente, através de medidas simples, deixando aos órgãos estaduais a atuação supletiva quando se tratar de atividades que não possam ser examinadas pelo ente local em função da falta de condições estruturais do Município, ou participando do licenciamento municipal como ato complexo em razão da zona de influência do impacto causado.

Não se pode deixar de considerar, outrossim, que o SISNAMA, enquanto primeira tentativa de implementar uma política nacional de meio ambiente, não levou em conta que as três esferas da organização federativa brasileira não se encontram no mesmo nível de desenvolvimento social e institucional. Apesar disso, os quase seis mil municípios do país possuem a mesma forma de organização administrativa e estão sujeitos aos mesmos instrumentos jurídicos.

Portanto, apesar de termos nos referido unicamente ao licenciamento por considerarmos, dentre outros, o instrumento que mais eficazmente concretiza a competência comum estabelecida no art. 225, é preciso alcançar, tanto quanto possível, a

municipalização do meio ambiente deixando aos cuidados da União e dos Estados o “atacado” na proteção ambiental, enquanto os municípios devem concentrar seus esforços no “varejo”.²⁴ É dizer, a proteção do meio ambiente pode se dar de diversas formas, e não apenas através do licenciamento. Assim, se os órgãos “superiores” (Estado e União) não forem tão sobrecarregados com demandas que podem ser mais eficientemente atendidas pelo ente local, poderão desenvolver os demais instrumentos tão igualmente necessários, como o planejamento que há muito foi deixado de lado.

Acredita-se que a diretriz trazida pela subsidiariedade propiciará melhor articulação política entre as diferentes esferas de poder, de modo que a preservação ambiental se realize de forma eficiente e racional, impedindo o desperdício de recursos públicos e a superposição de funções idênticas.

6. A Lei nº 11.107: Os consórcios públicos como possibilidade para solução dos conflitos no licenciamento ambiental

A Lei nº 11.107 de 06.04.2005 que disciplina os consórcios públicos a que alude o art. 241 da Constituição Federal foi promulgada após decorridos sete anos da respectiva alteração pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Consoante afirmamos anteriormente, sendo a cooperação entre os entes federados a alternativa viável para a efetiva concretização do federalismo regional os convênios e consórcios públicos se afiguram importantes instrumentos para o

²⁴ KRELL, Andréas Op.cit.p.13.

atendimento desse objetivo, daí a evidente indissociabilidade da matéria prevista no artigo 241 com a prevista no parágrafo único do artigo 23.

Dispõe o artigo 241 da Carta da República:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Como se trata de cooperação entre os entes federados e de gestão associada de serviços públicos, e tendo sempre os convênios e consórcios, na melhor doutrina e segundo a tradição de nosso direito, sido a forma adequada de instrumentalização dessa cooperação, pensamos que o assunto estaria mais bem disciplinado por lei complementar, integrativa da Constituição, como previsto para o parágrafo único do artigo 23.

Todavia, à míngua da citada lei complementar, não se pode desprezar o diploma legal em estudo, que apesar das severas críticas havidas por parte da doutrina²⁵, certamente consubstancia uma possibilidade de minimizar os conflitos no exercício da competência administrativa e, sobretudo, para viabilizar a implantação de obras e serviços tão necessários à efetivação da política ambiental.

Como é sabido, até o advento da Lei nº 11.107/05, não havia substancial diferença entre consórcio público e convênio. A distinção básica decorria do fato de que o primeiro era celebrado entre entidades

estatais da mesma espécie. Tanto um como outro não eram dotados de personalidade jurídica, cabendo aos respectivos partícipes a realização das providências necessárias à consecução do objetivo comum pactuado.

O mencionado diploma legal optou por trilhar caminho diverso da visão doutrinária dominante, admitindo a participação de entidades de natureza distintas no consórcio. Eis, em síntese, algumas das inovações da Lei nº 11.107/05: a previsão de constituição de pessoa jurídica para representar o consórcio (art. 6º); a necessária elaboração de prévio e detalhado protocolo de intenções (art. 3º e 4º); a promulgação por cada ente partícipe de lei ratificadora do consórcio (art. 5º); a celebração de contrato de consórcio vinculado às entidades consorciadas (art. 8º e 13º). Enfim, trata-se de norma que disciplina o procedimento de constituição de pessoa jurídica por entes federativos em conjunto para viabilizar a gestão associada de interesses comuns.

Deve-se, no entanto, ressaltar que a previsão de constituição de pessoa jurídica para o consórcio não é obrigatória e nem configura a única modalidade de instituir-se a gestão associada referida no artigo 241 da Constituição.

A toda sorte, a lei prevê em seu artigo 6º a possibilidade de constituição de duas modalidades de pessoa jurídica: de direito público constituindo-se em associação pública que integrará a administração indireta de todos os entes federados que dela participarem ou de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O consórcio público na Lei 11.107/05. Boletim de Direito Administrativo, nov.2005, p.1220/1228, dentre outros autores.

Afora as diversas discussões doutrinárias acerca da constitucionalidade²⁶ de muitos dispositivos da lei em foco que deliberadamente não serão examinadas no âmbito do presente trabalho, impõe-nos verificar as possibilidades que ela nos trará com vistas à possível solução dos conflitos de competência no exercício do licenciamento ambiental, que é o objeto do trabalho.

Inicialmente, da leitura do artigo 241 da Constituição da República verifica-se que os consórcios públicos ora regulamentados pela Lei nº 11.107/05 serão celebrados entre os entes federados para a gestão associada de serviços públicos.

Entretanto, conforme antes afirmamos a inteligência da norma estabelecida no artigo 241 encontra-se indissociável da prevista no parágrafo único do artigo 23 no qual são previstas atuações administrativas que muito embora não possam ser definidas como “fruíveis individualmente”, conforme a definição clássica de serviço público, estão a reclamar uma atuação conjunta e coordenada dos entes federativos como única alternativa de sua consecução, de que são exemplos aquelas previstas nos incisos III, VI e VII do citado artigo.

Nesse sentido posiciona-se Marcos Pinto Correa Gomes²⁷ :

Com efeito, não faz sentido algum imaginar que os consórcios públicos e também os convênios de cooperação, os instrumentos por excelência para celebrar a associação de interesse comum, estejam limitados tão-somente aos serviços públicos, em sentido

²⁶ Dentre elas sobre a competência da União para editar tal lei, a natureza contratual do “contrato” de sua constituição como também dos “contratos” por ela previstos, etc. Para melhor aprofundamento ver PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O consórcio público na Lei 11.107/05. **Boletim de Direito Administrativo**, nov.2005, p. 1220 e BORGES, Alice Gonzalez. Os consórcios públicos na sua legislação reguladora. **Revista de Interesse Público** n.32, p. 237.

²⁷ GOMES, Marcos Pinto Correia. Op. Cit. p. 3

estrito. Diante do federalismo solidário ou mesmo do federalismo de integração, em curso na Federação brasileira, traduzido, entre outras passagens constitucionais, na competência administrativa comum do artigo 23 da Lei Maior, seria um contra-senso permitir a utilização desses acordos apenas para a gestão de serviços públicos, contrariando longa prática federativa. Note-se que ao longo do caput do artigo 23 são listadas atribuições compartilhadas dos nossos entes federativos e muitas não ensejam, no rigor técnico, atividades enquadráveis no conceito de Bandeira de Mello, como, por exemplo, proteger o meio ambiente e os bens de valor histórico, artístico e cultural, fomentar a produção agropecuária ou estabelecer e implantar a política de educação do trânsito. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Parece-nos que a melhor orientação é no sentido de, aplicar-se o princípio da interpretação conforme a Constituição, para afirmar que todas as atuações previstas no parágrafo único do artigo 23 poderão ser objeto de consórcios públicos e convênios de cooperação disciplinados na lei em estudo. Até porque não se pode perder de vista que o legislador constitucional cometeu tais tarefas a todos os entes justamente em razão da importância e grandiosidade dos temas envolvidos, sendo absolutamente aconselhável o compartilhamento de meios e a soma de esforços.

Com efeito, a criação de consórcios públicos poderá ser interessante solução para diversas ações inerentes ao exercício do

poder de polícia ambiental, notadamente do licenciamento, na medida em que os custos e o aparelhamento técnico necessários à fiscalização poderão ser compartilhados, evitando-se, de outra banda, ações superpostas. Nessa hipótese, o consórcio a ser constituído deverá assumir a forma de associação pública integrando a administração indireta dos entes envolvidos²⁸.

Nos termos da doutrina especializada a possibilidade de exercício de poder de polícia por pessoas administrativas integrantes da Administração indireta é tranquilamente aceita, já que tais entidades são o prolongamento do Estado e recebem deste o suporte jurídico para o desempenho, por delegação, dessa função inicialmente a ele cometida.

Ressalta José dos Santos Carvalho Filho²⁹, que inexistente qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória. Assim, assevera o ilustre administrativista, o que se precisa averiguar é o preenchimento de três condições: 1ª) a pessoa jurídica deve integrar a estrutura da Administração indireta, 2ª) a competência delegada deve ter sido conferida por lei e 3ª) o poder de polícia há que restringir-se à prática de atos de natureza fiscalizatória partindo-se, pois da premissa de

que as restrições preexistem, cuidando-se, pois, de função executória e não inovadora, própria dos atos legislativos.

Destaca ainda o mencionado autor que a delegação não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos, visto que, por maior que seja a parceria que tenham com estes, jamais serão dotadas da potestade (*ius imperii*) necessária ao desempenho da atividade de polícia.

Importante registrar que a Lei nº 11.107/05 cria dois tipos de contratos a serem firmados pelos entes consorciados³⁰: o contrato de rateio (art. 8º) quando houver necessidade de repasse de recursos e o contrato de programa (art. 4º, XI, d e 13º) quando houver obrigações sem caráter financeiro a serem assumidas pelos entes federativos, mesmo que haja a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoas ou bens.

Em suma, com a edição da lei em estudo vislumbram-se grandes possibilidades de mitigação dos conflitos de competência tanto na constituição de consórcio de natureza jurídica de direito público, consoante antes exposto, mediante a celebração de contrato de programa caso haja necessidade de transferência de servidores ou bens necessários à execução, como também pela celebração de simples convênios de cooperação disciplinados no art. 116 da Lei nº 8.666/93, nos termos sugeridos anteriormente.

Consoante registra Maria Sylvia Zanella di Pietro³¹ mesmo após a edição da Lei nº 11.107/05 mantém-se a possibilidade de

²⁸ No julgamento da ADIN 1.717-DF, Relator o Min. Sydney Sanches, o STF, com os votos do Relator e do Min. Nelson Jobim, concedeu, em sessão de 01/02/1999, medida cautelar de suspensão de dispositivo da Lei nº 9.469/98, que previa a delegação de poder público para o exercício, em caráter privado, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas mediante autorização legislativa, e isso porque “o mencionado serviço constitui atividade típica do Estado, envolvendo também, poder de polícia e punição, insuscetível de delegação a entidades privadas.”, cf. informativo STF 137 de 10/02/1999.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 60.

³⁰ Além, obviamente, do contrato que formaliza sua constituição conforme mencionado na nota 108.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Op.cit. p.1227

celebração de convênios de cooperação com base na Lei nº 8.666 de 21.06.1993, fora das hipóteses tratadas na lei em estudo.

Assim, podemos afirmar que o licenciamento ambiental deva ser realizado em um único nível de competência, preferencialmente pelo Município, podendo, aqueles Municípios que não têm pessoal técnico habilitado nem condições estruturais para isso, celebrar consórcios e contratos de programa para viabilizar tal *mister*. Por outro lado, quando não houver necessidade de transferência de bens e servidores, os entes federativos celebrarão convênios de cooperação com base na Lei 8.666/93 apenas organizando o procedimento, como por exemplo, estabelecendo os prazos para manifestação dos demais entes que eventualmente também venham a sofrer o impacto do empreendimento a ser licenciado nos termos antes sugeridos a respeito do licenciamento como ato complexo.

7. Conclusão

Em face do exposto podemos sintetizar algumas conclusões:

i) A Resolução CONAMA nº 237/97 vem disciplinar situação criada com a Constituição de 1988 que estabeleceu a competência comum dos três entes, organizando o exercício dessa competência no que se refere ao licenciamento ambiental, por quem constitucionalmente a tem. Ou seja, entendemos que deva ser feita uma interpretação conforme a Constituição para concluir que o CONAMA exerce poder de polícia normativo com fulcro no disposto no art. 6º da Lei 6.938 de 1.981.

ii) Igualmente, o fato de o art. 7º da mencionada resolução prever que as atividades de significativo impacto ambiental

deverão ser licenciadas em um único nível, não significa que a mencionada Resolução estaria suprimindo a competência comum conferida pelo art. 23 da Carta da República, isso porque, embora as competências mencionadas no art. 23 sejam comuns, em princípio, não há superposição de atribuições. São esferas distintas, autônomas de atuação.

iii) Parece-nos que a solução dos problemas envolvendo os conflitos que, em verdade, na prática têm se mostrado inevitáveis seria a idéia do licenciamento mediante ato complexo, em um único nível, porém, com a coparticipação dos demais entes que possam também vir a sofrer os impactos decorrentes do empreendimento a ser licenciado. Isso poderá ser delineado de modo mais eficiente e econômico através dos consórcios públicos regulamentados pela Lei 11.107/05 ou através de convênios.

iv) Acreditamos importante ressaltar, uma vez mais, que a competência comum prevista no art. 23 não se exaure no licenciamento. Consoante antes afirmado, ele é apenas um dos instrumentos da política nacional de meio ambiente. Portanto, nos parece de todo conveniente que o licenciamento venha a ser exercido preferencialmente pelo Município, nos termos do princípio antes mencionado, e subsidiariamente, pelo Estado, deixando para a União o exercício da competência comum através da utilização de outros instrumentos como o planejamento de âmbito nacional, o zoneamento ecológico, o monitoramento de áreas críticas como o desmatamento na Amazônia, etc., nos quais se poderão enfrentar os grandes temas, pois o licenciamento, como se sabe, propicia uma escala de abordagem muito pequena já que se baseia na análise casuística do projeto.

v) Como sugestão para a regulamentação do artigo 23 pensamos que deva prever, preferencialmente, a atuação dos entes federativos em diferentes escalas o que não só evitará o surgimento de conflitos de competência, como também, propiciará uma proteção mais abrangente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALONSO JR., Hamilton. Da competência para o licenciamento ambiental. In: DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed., 2002.

ANDRADE, Felipe Augusto Vieira. Resolução CONAMA n.237 de 19 dez. 1997: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e da ilegalidade. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.13, 1999.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** (org. BARROSO). São Paulo: Renovar, 2003.

_____. A proteção do meio ambiente na constituição brasileira. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1992.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Introdução do direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, n.14, 1999.

_____; MIRALÉ, Edis. **Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CASTRO, Sonia Rabelo de. **O poder de polícia normativo: o direito urbanístico e as normas de planejamento urbano**. 2001. Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Rio de Janeiro, 2001.

_____. O conflito negativo de competência que implica a omissão dos três entes foi tema de reflexão nas aulas da disciplina Direito Público Urbano I e II do mestrado em Direito da Cidade, UERJ, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. **Política municipal do meio ambiente**. **Revista CEPAM**. São Paulo: Editora do próprio Cepam, ano II, n.1, 1991.

DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. São Paulo: Forense Universitária, 2. ed., 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro São Paulo: Saraiva, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

KRELL, Andréas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1. ed., 2003.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. São Paulo: Forense Universitária, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 20^a. ed., 1995.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. Instrumentos legais e normativos de competência municipal em matéria ambiental. **Revista Interesse Público** (Caderno de Direito Municipal). Cidade: Editora, n.9, 2003.