

Parecer n.º 01/2007 – Rafael Lima Daudt d'Oliveira

Licença de operação do Porto do Forno, em Arraial do Cabo. Atividade de impacto ambiental no âmbito do Estado do Rio de Janeiro (art. 10, Lei nº 6.938/81), localizada, todavia, no interior de reserva extrativista marinha federal (art. 4º, inciso I, Resolução CONAMA nº 237/97). Critérios para a repartição de Competências em matéria ambiental (art. 23, CRFB). Inconstitucionalidade do licenciamento ambiental por mais de um ente federado para o mesmo empreendimento ou atividade. Constitucionalidade dos arts. 4º e 7º da Resolução CONAMA nº 237/97. Competência para o licenciamento somente do IBAMA, tendo em vista o interesse federal preponderante. O licenciamento federal não exclui, contudo, a participação do Estado no procedimento, nos termos do art. 4º, §1º, da Resolução CONAMA nº 237/97, para resguardar os seus interesses, sendo que a eventual inércia ou inépcia do IBAMA autoriza a competência supletiva do Estado.

Sr. Subprocurador-Geral do Estado Dr. Rodrigo Mascarenhas,

I - INTRODUÇÃO

Esta assessoria jurídica da FEEMA foi instada a se manifestar no procedimento administrativo em referência, em que se questiona qual ente federado seria competente para o licenciamento de um porto¹ em Arraial do Cabo, localizado em unidade de conservação federal², qual seja a Reserva Extrativista Marinha de Arraial do Cabo (instituída pelo Decreto Federal s/n, de 3/01/97).³

Trata-se de requerimento de licença de operação junto à FEEMA, datado de 1991. Há manifestação do IBAMA, às fls. 164/165, sustentando ser sua a competência para o licenciamento em questão, informando, inclusive, que o respectivo procedimento está em trâmite naquela autarquia (P.A. nº 02001.006538/99-93).

Se por um lado, o art. 10 da Lei nº 6.938/81 prescreve que, em regra, o licenciamento ambiental é de competência dos Estados, até porque o impacto ambiental em questão não seria de âmbito nacional nem regional, por outro lado, o art. 4º, inciso I, da Resolução CONAMA nº 237/97 dispõe que os licenciamentos no interior de unidades de conservação federais caberão ao IBAMA. Há, ainda, posição que sustenta a duplicidade – ou até multiplicidade – de licenciamentos quando houver interesse de mais de um ente da federação.

Assim sendo, na análise do caso concreto deparei-me com questões altamente

¹Lembre-se que a necessidade de licenciamento de portos está prevista expressamente no anexo 1 da Resolução CONAMA nº 237/97.

²Conforme a conclusão da DIVEA à fl. 176.

³Constam dos autos informações de que o chamado “Porto do Forno”, cuja autorização para construção data de 1924, foi inaugurado somente em 1972, com as características que mantém até hoje (fl. 122 do P.A.).

relevantes e controvertidas, como, por exemplo, a constitucionalidade da Resolução CONAMA nº 237/97, notadamente do licenciamento ambiental num único nível de competência.

Consultando os pareceres da Procuradoria Geral do Estado, verifiquei existir pronunciamento cancelado pelo Exmo. Procurador Geral do Estado no sentido da inconstitucionalidade e ilegalidade do licenciamento num único nível de competência (art. 7º da Resolução CONAMA nº 237/97) e do licenciamento exclusivo pelo IBAMA, nas hipóteses previstas no art. 4º da citada Resolução CONAMA nº 237/97. Refiro-me ao Parecer nº 1/2004 de autoria do ilustre Procurador do Estado Luiz Eduardo Lessa Silva, que foi publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro nº 58/2004, às fls. 312-318.

Embora com objeto diverso, há outro parecer (Parecer nº 03/2005-GUB) posterior ao primeiro, igualmente aprovado pelo Exmo. Procurador Geral do Estado, no qual o ilustre Procurador do Estado Gustavo Binenbojm sustenta a constitucionalidade da Resolução CONAMA nº 237/97 e, especialmente, do licenciamento num único nível de competência, ressalvando, contudo, que tal não ocorre em situações excepcionais.

Em que pese a teoria da constitucionalidade do licenciamento da mesma atividade por mais de um ente federado ser majoritária, como se verá adiante, e a tese da inconstitucionalidade da Resolução CONAMA nº 237/97 estar calcada em argumentos razoáveis, particularmente não me sinto confortável em acatá-la porque dela discordo, com todo respeito, já tendo, inclusive, publicado modesto artigo em sentido contrário.⁴

Portanto, a presente manifestação tem o objetivo de rediscutir a matéria e, quem sabe, convencer V.Exa. da constitucionalidade (i) do licenciamento ambiental num único nível de competência e (ii) do art. 4º da citada Resolução CONAMA nº 237/97, a fim de dirimir as dúvidas existentes quanto ao atual posicionamento da Procuradoria Geral do Estado, órgão central do sistema jurídico estadual.

II - DA COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Como se sabe, o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo que pode ser concebido como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”⁵. Sob outro enfoque, “constitui-se em uma restrição ao livre aproveitamento da propriedade ou ao livre exercício das atividades econômicas”⁶, o que é resultado duma ponderação de interesses, feita pelo legislador, entre estes direitos e o direito fundamental da coletividade a um ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de uma atividade típica de poder de polícia estatal, chamada de polícia ambiental⁷, que tem por objetivo dar concretude ao princípio da prevenção.⁸

⁴DAUDT D'OLIVEIRA; Rafael Lima. “O licenciamento ambiental municipal e o autolicensing”. In: Revista de Direitos Difusos vol. 27, setembro-outubro/2004. São Paulo: ADCOAS, pp. 3481-3860.

⁵BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 429.

⁶OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis, *O licenciamento ambiental*. São Paulo: Iglu, 1999, p. 108.

⁷Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 398-399.

⁸Prevenção ou princípio da prevenção, leciona a jurista portuguesa Maria Alexandra de Sousa Aragão, “é uma regra de bom senso que, em vez de contabilizar os estragos e tentar repará-los, se tente, so-

Nos termos do art. 23 da Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”), “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (*caput*) “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (inciso VI) e “preservar as florestas, a fauna e a flora” (inciso VII). E, sendo o licenciamento ambiental um instrumento material da política nacional do meio ambiente (art. 9º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81), não se pode olvidar que a repartição de competências para a emissão de licenças tem a sua matriz constitucional mais importante no referido art. 23 da CRFB, que estabelece para tal a competência administrativa comum de todos os entes da federação.

Vale registrar que a maior dificuldade encontrada é estabelecer com precisão qual é o ente federado competente para o licenciamento ambiental, já que a distribuição dessas competências administrativas entre os entes federados, por força do citado dispositivo constitucional, é, muitas vezes, confusa.⁹

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

Esta lei complementar viria regular a repartição das competências administrativas comuns, trazendo uma maior clareza e previsibilidade dos atos do Poder Público. Seu ingresso no mundo jurídico seria importante e desejável, pois contribuiria para dirimir, ou ao menos atenuar, as dúvidas sobre a repartição das ditas competências.

Ocorre que a referida lei ainda não existe, embora se tenha notícia de projeto de lei complementar ambiental em tramitação no Congresso Nacional, que faz parte da política pública, acompanhada de reformulação legislativa, que se convencionou chamar de “PAC” (Programa de Aceleração do Crescimento), que vem sendo conduzida pelo Governo Federal. Contudo, a sua ausência não impede o pleno exercício das competências administrativas pelos entes federados. No mesmo sentido é a doutrina de Heraldo Garcia Vita, que entende “não ser necessária a edição de lei complementar para a atuação conjunta das entidades políticas. O art. 23 tem eficácia plena e não necessita de norma infraconstitucional para regulá-lo.”¹⁰

Pergunta-se, então, qual seria o critério para repartição de competências na esfera administrativa?

Entendo que existem dois princípios que devem orientar o intérprete e aplicador do Direito na repartição de competências entre os entes federados, notadamente nas questões envolvendo o meio ambiente: (i) princípio da preponderância de interesses e (ii) princípio da subsidiariedade.

A respeito do princípio da preponderância de interesses, convém citar a doutrina clássica de José Afonso da Silva:

breto, evitar os danos”. (ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do Poluidor Pagador - Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 69).

⁹A raiz mais imediata deste problema situa-se no art. 23 da CF, ao introduzir no Direito Constitucional Positivo brasileiro o conceito de competência comum. Este preceito por vezes tem sido entendido como obstaculizador de qualquer tipo de distinção das competências dos entes que compõem a Federação, nas matérias ali enumeradas. “(CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. “Competência para multar na nova lei ambiental”. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 7-8).

¹⁰VITTA, Heraldo Garcia. “Da divisão de competências das pessoas políticas e o meio ambiente”. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 98.

"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 aquelas 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 (...)"¹¹

Quanto ao princípio da subsidiariedade, ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

"A subsidiariedade prescreve o escalonamento de atribuições de entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses da sociedade. (...) Do mesmo modo, o processo de sucessiva concentração de poder de decisão nas organizações políticas deverá obedecer o mesmo princípio: as demandas que puderem ser atendidas pela organização política local, como o Município, o Condado, a Comuna etc., determinarão as suas próprias competências político-administrativas; as que não possam ser satisfeitas por meio de decisões e de ações locais deverão passar à organização política regional, ou intermédia, como o Estado, a Província, o Cantão, a Região Autônoma etc.; as que ultrapassem as possibilidades das organizações regionais, em razão de sua amplitude ou peculiaridade, serão cometidas às organizações políticas nacionais soberanas, como o Estado Nacional, o Reino, a União, etc., que poderão ser dotados de todas as necessárias competências para atendê-las diretamente, bem como aquelas outras imprescindíveis para negociar com outras concentrações de poder, soberanas ou não, a satisfação indireta ou coordenada dos interesses dos respectivos países."¹²

Nunca é demais lembrar que hoje prevalece o entendimento de que os princípios são, ao lado das regras, espécies do gênero norma jurídica. Aplicam-se diretamente em alguns casos concretos (função positiva), além de outras funções, ou modalidades de eficácia que lhes são reservadas dentro do sistema, como a interpretativa, negativa e vedativa de retrocesso.¹³

¹¹SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476.

¹²MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Princípios informativos e interpretativos do direito administrativo". In: *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

¹³CF., a respeito, BARROSO, Luís Roberto. "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro". In: *Temas de Direito Constitucional*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 3-59; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 255-295; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 151-152; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Dá a aplicação dos princípios da preponderância de interesses em relação à proteção do meio ambiente e da subsidiariedade, muito embora, ainda assim, seja difícil a delimitação das competências administrativas de cada ente federado diante de várias situações concretas.

No plano infraconstitucional, antes do advento da CRFB, o licenciamento ambiental foi instituído e disciplinado pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente¹⁴ (Lei nº 6.938/81, alterada pela Lei nº 7.804/89, que se encontra em vigor), cujo art. 10 tem a seguinte redação:

"Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

(...)

§4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

Consoante se colhe da leitura do art. 10, da Lei 6.938/81, a regra é o licenciamento ambiental pelos Estados. À União, por meio do IBAMA, caberá o licenciamento (i) supletivo, ou seja, quando o Estado for inerte ou inepto¹⁵, e das obras ou atividades com significativo impacto (ii) nacional, (iii) regional e, por construção doutrinária, (iv) transfronteiriço.¹⁶

É interessante observar que a lei em comento, ao definir a competência para o licenciamento ambiental, funda-se nos dois princípios constitucionais já mencionados. Prestigia o princípio da subsidiariedade ao estabelecer que, em regra, o licenciamento ambiental cabe aos Estados, eis que estes estão mais próximos dos cidadãos do que a União Federal, tendo melhores condições de atender aos anseios da sociedade.

Adota também o princípio da preponderância de interesses quando elege o critério da abrangência do impacto ambiental. Ora, é razoável sustentar que um

¹⁴É oportuno registrar que, antes mesmo da Lei nº 6938/81, o Decreto-lei nº 134/75, do Estado do Rio de Janeiro, pioneiramente, instituiu o licenciamento ambiental no âmbito deste Estado.

¹⁵"A atuação supletiva do IBAMA, apesar de a lei não indicar os seus parâmetros, deverá ocorrer, principalmente, em duas situações: se o órgão estadual ambiental for inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omissor." (MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 261)

¹⁶"Além dos espaços 'nacional' e 'regional', os impactos ambientais transfronteiriços precisam ser objeto da atuação do IBAMA, mas a lei é omissa nesse sentido" (MACHADO, Paulo Affonso Leme, ob. cit., p. 262). Ressalte-se, contudo, que a Resolução CONAMA nº 237/97 – cuja análise é feita adiante –, em seu art. 4º, inciso III, prevê a competência do IBAMA para o licenciamento de empreendimentos e atividades "cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do país (...)"

impacto nacional ou regional (que transcenda o território de um Estado) faz preponderar o interesse da União para o licenciamento.

Já na seara infralegal, o CONAMA editou a Resolução 237/97, que pormenorizou as hipóteses de atividades e empreendimentos a serem licenciados por cada ente federado.¹⁷

Segundo Francisco Thomaz Van Acker, “afora critérios específicos definindo a competência do IBAMA ou do órgão estadual¹⁸, podemos dizer que os dois critérios básicos adotados pela resolução são: a) a abrangência físico-territorial da atividade ou empreendimento; e b) os limites territoriais dos impactos ambientais diretos”¹⁹.

Assim sendo, o CONAMA instituiu outros critérios para a fixação da competência para o licenciamento, além daquele previsto pela Lei nº 6.938/81. Resta saber se esses critérios se coadunam com os princípios cardeais que orientam a repartição de competências em matéria ambiental.

Adiante, desde já, o meu entendimento no sentido de que a Resolução CONAMA nº 237/97, no que diz respeito à competência federal (art. 4º), elegeu critérios calculados nos princípios da preponderância de interesses e da subsidiariedade.

Assim se diz porque conferiu ao IBAMA a competência para o licenciamento de atividades que utilizem material radioativo ou nuclear, atividades estas que presumidamente têm impactos ambientais nacionais, para o licenciamento de atividades desenvolvidas em bases militares e em unidades de conservação federais; essas situações, em regra, fazem preponderar o interesse nacional, e, além disso, “em função da complexidade do atendimento dos interesses da sociedade”²⁰, não poderiam ser tratadas pelos entes federados menores. Daí a aplicação dos referidos princípios.

Adite-se que a eleição de critérios para a fixação da competência para o licenciamento também concretiza outro importante princípio: da segurança jurídica. Isto porque confere previsibilidade aos atos de poder público, permitindo aos administrados saberem de antemão de quem devem obter a licença ambiental.

Sendo assim, até que venha a lei complementar mencionada no parágrafo único do art. 23 da CRFB, deve ser prestigiado o art. 4º, da Resolução CONAMA nº 237/97, à medida que apenas interpretou a Constituição. É, pois, constitucional.²¹

Mesmo que não se entenda que o art. 4º, da Resolução CONAMA nº 237/97

¹⁷Não constitui objeto deste parecer analisar, em toda a sua extensão, a constitucionalidade e legalidade da Resolução CONAMA nº 237/97, notadamente das polêmicas questões a respeito dos Estados e Municípios.

¹⁸Estes critérios são, basicamente, os seguintes: quando se tratar de atividades que utilizem material radioativo ou energia nuclear (art. 4º, IV) e aquelas desenvolvidas em bases ou empreendimentos militares (art. 4º, V), o licenciamento ambiental será feito pelo IBAMA; quando as atividades forem localizadas ou desenvolvidas em áreas de preservação permanente (art. 5º, II), o licenciamento será de competência do órgão ambiental estadual.

¹⁹VAN ACKER, Francisco Thomaz. “Breves considerações sobre a Resolução 237, de 19.12.1997, do CONAMA, que estabelece critérios para o licenciamento ambiental”. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 165.

²⁰A expressão é de Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

²¹Revejo, aqui, parcialmente minha posição manifestada no artigo “O licenciamento ambiental municipal e o autolicensingamento”. In: *Revista de Direitos Difusos* vol. 27, setembro-outubro/2004. São Paulo: ADCOAS, pp. 3481-3860 – e também no artigo “Notas sobre alguns aspectos polêmicos do licenciamento ambiental”, que provavelmente será publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 61 -, oportunidades em que escrevi opinião no sentido de que somente a lei complementar poderia estabelecer as ditas competências.

apenas interpretou a Constituição – o que se admite apenas por amor ao debate -, ainda assim a citada resolução seria constitucional. Isto porque, hoje, a boa doutrina endossa o entendimento no sentido da possibilidade da edição de regulamentos autônomos²², com fundamento de validade diretamente na própria Constituição, já que esta, quando prescreve os fins a serem atingidos, prevê também implicitamente os meios necessários para tanto (teoria dos poderes implícitos). Tais regulamentos dão concretude a comandos constitucionais, notadamente a princípios, que contêm um grau maior de abstração. Na espécie, a resolução em debate concretiza os princípios da preponderância de interesses, subsidiariedade e segurança jurídica. Por outro lado, a afirmação de que os regulamentos não podem inovar na ordem jurídica é uma inverdade, pois, caso contrário, seriam absolutamente desnecessários.²³

E não se diga que a matéria em debate seria sujeita à reserva de lei. O parágrafo único do art. 23 somente prevê a edição de lei complementar para a “fixação de normas para a cooperação” entre os entes federados, “tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Em nenhum momento afirma a CRFB que a lei complementar vai proceder à repartição de competências entre os entes federados, muito embora possa fazê-lo, e se o fizer terá primazia sobre um regulamento. A edição desta lei para regular a matéria, inegavelmente, seria mais legítima do que um regulamento, tendo em vista os princípios da

²²Neste sentido, é a doutrina de Gustavo Binbenbajm: “Regulamentos autônomos são aqueles que prescindem da lei como fundamento de sua existência, tendo na própria Constituição, de forma explícita ou implícita, o fulcro imediato de competência para sua emanção. (...)”

Note-se que a existência do art. 84, VI, “a”, no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que menciona, não inibe o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a reservas de lei (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.

Em nomenclatura proposta por André Rodrigues Cyrino, na obra já mencionada, seriam esses os chamados regulamentos independentes. O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas, cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim. Também nessas hipóteses, tal como na do art. 84, VI, “a”, vale a preferência da lei: isto é, sobrevivendo lei dispondo em sentido diverso do regulamento, aquela prevalecerá sobre este.” (BINBENBAJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006ob. cit., pp. 160-171)

²³Mais uma vez invoca-se a doutrina de Gustavo Binbenbajm: “Neste sentido, costuma-se repetir, sem maiores reflexões, que o regulamento não pode inovar na ordem jurídica. Conforme já tivemos a oportunidade de consignar, a noção de que o regulamento não pode inovar no ordenamento jurídico deve ser tomada com cautela, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, o direito positivo brasileiro acolhe os regulamentos autônomos, que podem inovar amplamente na sua esfera de matérias constitucionalmente estabelecidas, conforme se desenvolverá adiante; em segundo lugar, mesmo os regulamentos de execução inovam de certa maneira no direito; do contrário seriam despididos. A utilização, cada dia mais freqüente, de conceitos jurídicos indeterminados e de amplo espectro semântico amplia sensivelmente o âmbito regulamentar. Na doutrina e na jurisprudência caminha-se em direção a uma concepção ampla de regulamentos de execução. Neste sentido, Caio Tácito explica que “regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos em que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar. (...) Sempre, em maior ou menor medida – ressalvadas, é claro, as hipóteses de reservas de lei, notadamente a absoluta – haverá espaço para atividade criativa do poder regulamentar de execução” (BINBENBAJIM, Gustavo, ob. cit., pp. 157-158).

legalidade e da separação de poderes. No entanto, como ela não existe ainda, aplica-se a Resolução CONAMA nº 237/97, no particular (art. 4º).

Curioso observar que o dito projeto de lei complementar, que está em trâmite no Congresso Nacional, reproduz muitos dispositivos previstos na Resolução CONAMA nº 237/97, estabelecendo a competência para o licenciamento conforme o âmbito do impacto ambiental e, em se tratando de unidades de conservação, segundo o critério da titularidade da unidade.

Logo, entendendo-se pela constitucionalidade do art. 4º, inciso, I, da Resolução CONAMA nº 237/97, conclui-se que o empreendimento em análise deve ser licenciado pelo IBAMA, visto que localizado no interior de unidade de conservação federal, circunstância que faz preponderar o interesse da União.

III - O LICENCIAMENTO NUM ÚNICO NÍVEL DE COMPETÊNCIA

Passo a analisar a questão da constitucionalidade e legalidade do licenciamento num único nível de competência.

A Resolução CONAMA nº 237/97, em seu art. 7º, dispõe que “os empreendimentos e atividades serão licenciados num único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores”.

Na respeitável opinião de Paulo Affonso Leme Machado:

“A lei federal ordinária não pode retirar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderes que constitucionalmente lhes são atribuídos. Assim, é de se entender que o art. 10 da Lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do IBAMA-Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo (art. 23, parágrafo único, da CF); e nem a Resolução CONAMA-237/1997 poderia estabelecer um licenciamento único. Enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para cooperação entre essas pessoas jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo, têm competência e interesse de intervir nos licenciamentos ambientais. No federalismo, a Constituição Federal, mais do que nunca, é a fonte das competências, pois caso contrário a cooperação entre os órgãos federados acabaria esfacelada, prevalecendo o mais forte ou o mais estruturado politicamente. (...) Existirão atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados, e, nesse caso, poderá haver duplicidade de licenciamento.” (grifou-se)²⁴

Em pronunciamento sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, adotando a opinião do professor Paulo Affonso Leme Machado acima destacada (transcrita no voto do Relator), entendeu possível haver a duplicidade de licenciamentos ambientais:

“ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL

²⁴MACHADO, Paulo Affonso Leme, ob. cit., p. 259-262.

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.

(...)

5. Recursos especiais improvidos.”²⁵ (grifou-se)

Como já dito, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, no parecer 01/2004, de lavra do Procurador do Estado Luiz Eduardo Lessa Silva, também já firmou entendimento no mesmo sentido:

“Verifica-se, pois, que no caso de obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, ao lado do licenciamento ambiental prévio pelos órgãos competentes estaduais (tantos quantos sejam os entes federados atingidos), obrigatório será o licenciamento do Ibama, que remanesce supletivo nos demais casos, segundo a regra geral.”²⁶

Com o devido respeito pela tese da duplicidade ou multiplicidade de licenciamentos para a mesma obra ou atividade, ousa dela discordar. A meu ver, o licenciamento num único nível de competência deriva (i) da redação do art. 10, da Lei nº 6.938/81, e, principalmente, dos princípios constitucionais da (ii) razoabilidade (art. 5º, inciso LIV, CRFB) e da (iii) eficiência (art. 37, caput, CRFB).

Por outro lado, entendo que o licenciamento dúplice ou múltiplo viola, desproporcionalmente, o (i) princípio da livre iniciativa (arts. 1º, inciso IV, e 170, caput, CRFB), (ii) o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, CRFB), o (iii) princípio da livre concorrência (art. 170, inciso IV, CRFB), (iv) além do princípio da igualdade (art. 5º, caput, CRFB), como veremos oportunamente.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que o art. 10, caput, da Lei nº 6.938/81, na parte final, traça linhas gerais acerca da necessidade da obtenção de licença ambiental pelo empreendedor, “sem prejuízo de outras licenças exigíveis”. Obviamente que esta expressão, para fazer sentido dentro do caput do artigo, diz respeito a outras licenças não ambientais, como, por exemplo, a licença para construir de competência municipal. Assim sendo, a citada lei prevê apenas uma licença ambiental.

E não se diga que pelo fato da inexistência da lei complementar mencionada pelo parágrafo único do art. 23 da CRFB, seria exigível, para a mesma obra ou atividade, o licenciamento ambiental conduzido por dois ou mais entes federados ao mesmo tempo. Não seria razoável que isso ocorresse, tanto pela excessiva burocracia imposta aos empreendedores, como pelos altos custos, e ainda, pela possibilidade de procedimentos e decisões conflitantes.

Assim sendo, a conclusão irrefutável é que o licenciamento por mais de um

²⁵Resp 588022/ SC – STJ/1ª Turma – Rel. Min. José Delgado – j. em 17/02/2004 - DJ 05/04/2004, p. 217. Destaque-se que a fundamentação do julgado, constante do voto do relator, limita-se a transcrever trecho da obra de Paulo Affonso Leme Machado que foi acima exposto.

²⁶Cf. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 58, 2004, pp. 312-318. Ressalte-se que este parecer foi acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria de Patrimônio e Meio Ambiente e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado.

ente federado viola o princípio da razoabilidade em seu sentido material, já que excessivo e capaz de gerar decisões discrepantes. Explica Luís Roberto Barroso que é “razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em cada momento e lugar.”²⁷ Portanto, é razoável que o licenciamento se dê num único nível de competência.

Traz-se à colação a doutrina de Paulo de Bessa Antunes a respeito da matéria:

*“As grandes dificuldades existentes no processo de licenciamento ambiental, decorrentes em grande parte de uma incompreensão da Lei nº 6.938/81, acarretam que, muitas vezes, fossem exigidas dos empreendedores diferentes licenças ambientais. Tal situação, evidentemente, não poderia prosseguir, em razão dos seus elevados custos e da irracionalidade latente.”*²⁸ (sem grifos no original)

Acrescente-se, ainda em desfavor do licenciamento por mais de um ente federado, que tal medida gera desnecessário desgaste da máquina estatal, com os custos daí decorrentes, devido à superposição de funções idênticas por mais de um ente. Tal procedimento, além de contrariar o princípio da razoabilidade, também não se compatibiliza com o princípio da eficiência²⁹, pois basta que um único ente licencie de forma correta, para que haja o efetivo controle das atividades poluidoras.

Logo, por mais este motivo (princípio da eficiência), conclui-se que o licenciamento ambiental deve ocorrer num único nível de competência.

No mesmo sentido, o Procurador do Estado Gustavo Binenbojm (Parecer 03/2005-GUB) registrou que a realização de mais de um licenciamento ambiental para a mesma atividade “em princípio, não é possível, porquanto o federalismo pressupõe a distribuição de competências e responsabilidades dentre as unidades federadas, de forma harmônica e sinérgica. Busca-se alcançar a maior eficiência possível no trato da coisa pública, o que constitui mandamento constitucional contido nos princípios da eficiência e economicidade. O *bis in idem* administrativo configura má gestão da máquina administrativa, vedada pelo princípio da eficiência (CF, art. 37, caput)”.

Segundo Andreas J. Krell, “o exercício dessas competências comuns torna imperiosa a articulação política entre as diferentes esferas estatais a fim de que a prestação desses serviços ocorra de forma eficiente e racional, impedindo o desperdício de recursos públicos e a superposição de funções idênticas.”³⁰

²⁷BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

²⁸ANTUNES, Paulo de Bessa, ob. cit., p. 145-146.

²⁹Entendida, assim, a eficiência, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, na ação administrativa pública, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível de boa administração de interesses públicos.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Princípios informativos e interpretativos do direito administrativo”. In: *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 265-313)

³⁰KRELL, Andreas J., “A posição dos municípios brasileiros no sistema nacional de meio ambiente (SISNAMA)”. In: *RT* vol. 709, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 14.

Por outro lado, entendo que o licenciamento simultâneo por mais de um ente federado, para a mesma obra ou atividade, significa restringir de maneira desproporcional o princípio da livre iniciativa e o direito de propriedade. Isto porque a medida menos gravosa para a restrição desses direitos fundamentais seria um único licenciamento, conduzido de forma eficiente. O licenciamento dúplice ou múltiplo constitui-se numa burocracia desnecessária e afigura-se exagerado, não passando pelo teste do princípio da proporcionalidade, notadamente quando analisado sob o prisma do subprincípio da necessidade/vedação de excesso.³¹ Pelos princípios da eficiência e da razoabilidade, vale repetir por amor à didática, basta que um ente licencie corretamente para que seja feito o controle da poluição.

Demais disso, o licenciamento dúplice pode também ferir o princípio da livre concorrência, à medida que haja empresas do mesmo ramo e do mesmo porte – que atuem em locais diferentes, por exemplo – em situações jurídicas ambientais distintas: umas necessitando de apenas uma licença ambiental, enquanto outras precisando obter duas licenças, com todo custo e burocracias adicionais, gerando, conseqüentemente, um desequilíbrio na concorrência. Pela mesma razão, a duplicidade de licenciamentos pode afrontar o princípio da igualdade (art. 5º, caput, CRFB), caso discrimine pessoas que se encontrem em situações equivalentes.³²

Por todas as razões expostas, verifica-se a impossibilidade de mais de um licenciamento ambiental para a mesma obra ou atividade. Neste sentido, seria lícito concluir pela constitucionalidade do art. 7º da Resolução CONAMA nº 237/97, que teria tão-somente interpretado a CRFB de modo correto e deixado claro aos seus destinatários o conteúdo e alcance da norma constitucional. Em outras palavras, teria apenas revelado a “vontade da Constituição”, para utilizar a expressão de Konrad Hesse. Ainda que assim não se entenda, repita-se que hoje há determinados regulamentos, ditos autônomos, que se fundamentam diretamente na própria CRFB, dando concretude aos princípios constitucionais.

Por outro lado, destaque-se que a participação dos órgãos ambientais estaduais e municipais em licenciamentos de competência do IBAMA será sempre possível, haja vista o comando do art. 4º, §1º, da Resolução CONAMA nº 237/97, que obriga a autarquia federal a “considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos com-

³¹“O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos ou legislativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade / vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.” (BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”. In: *Temas de Direito Constitucional*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 38-39 – grifei)

³²“Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais (...)” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 30)

petentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento”.³³

Nesses casos, os interesses dos Estados, ainda que não sejam preponderantes, poderão ser apreciados e resguardados; se não forem, restará sempre a alternativa de recorrer-se ao Poder Judiciário, a fim de fazer valer o princípio da intervenção estatal obrigatória na proteção do meio ambiente.³⁴

Por fim, não sustento, aqui, que determinado ente nunca possa atuar em matéria de competência de outro ente. A atuação supletiva será possível quando o ente que detiver a competência para o licenciamento for omissivo ou inepto, haja vista que a CRFB impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Quando a integridade do patrimônio ambiental estiver ameaçada, a questão da competência terá relevo secundário diante do direito fundamental de todos a um meio ambiente equilibrado.³⁵

IV - CONCLUSÕES

Por todo exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

(i) o art. 4º, da Resolução CONAMA nº 237/97 é constitucional, haja vista que apenas interpretou a Constituição de forma razoável; os critérios por ele adotados, fixando a competência federal para o licenciamento, são compatíveis e dão concretude aos princípios da preponderância de interesses e da subsidiariedade;

(ii) além disso, os referidos critérios também concretizam o princípio da segurança jurídica, na medida em que confere previsibilidade aos atos de poder público, permitindo aos administrados saberem de antemão de quem devem obter a licença ambiental;

(iii) o licenciamento num único nível de competência, previsto no art. 7º da Resolução CONAMA nº 237/97, é constitucional, tendo em vista que prestigia os princípios constitucionais da eficiência e da razoabilidade, sendo, inclusive, compatível com o art. 10, *caput*, da Lei nº 6.938/81;

(iv) por outro lado, o licenciamento ambiental, para o mesmo empreendimento ou atividade, por mais de um ente federado constitui-se numa burocracia desnecessária e afigura-se exagerado, não passando pelo teste do princípio da proporcionalidade, notadamente quando analisado sob o prisma do subprincípio da necessidade/vedação de excesso, já que o licenciamento num único nível de

³³Assevere-se que o IBAMA pode discordar da manifestação técnica dos órgãos estaduais e municipais, contanto motive/fundamente o ato administrativo, enunciando expressamente as razões da discordância.

³⁴Sobre o assunto, leciona Álvaro Luiz Valery Mirra que “por via de consequência, torna-se possível exigir, coativamente até, e inclusive pela via judicial, de todos os entes federados o cumprimento efetivo de suas tarefas na proteção do meio ambiente”. (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “Princípios Fundamentais do Direito Ambiental”. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 56)

³⁵“Poluição ambiental. A simples circunstância de haver autoridade estadual consentido na realização da obra não afasta a possibilidade de seu embargo pelo Município, no pleno exercício do seu poder de polícia, para evitar a poluição do meio ambiente, constatada a necessidade de atendimento de exigências legais para o prosseguimento da mesma obra. As unidades federativas atuam de forma harmônica na proteção do meio ambiente e seu fim comum é o bem estar da coletividade administrada. (RCB)” (Apelação Cível nº 1990.001.759 – TJRJ/ Quinta C.C. – Rel. Des. Humberto de Mendonça Manes – j. 19/06/1990)

competência, conduzido de forma eficiente, seria uma forma menos restritiva ao direito fundamental da livre iniciativa e ao direito de propriedade;

(v) ademais, tal licenciamento dúplice ou múltiplo pode violar também os princípios da livre concorrência e da igualdade, na medida em que discrimine pessoas que estejam em situações equivalentes;

(vi) a licença de operação para o Porto do Forno desafia o interesse preponderante da União Federal, vez que está no interior de unidade de conservação federal, conforme prescreve o art. 4º, inciso I, da Resolução CONAMA nº 237/97, sendo, portanto, de competência do IBAMA;

(vii) este licenciamento pelo IBAMA não impede que o Estado participe do respectivo procedimento, como prescreve o art. 4º, §1º, da Resolução CONAMA nº 237/97, podendo defender os seus interesses administrativa ou até judicialmente, caso necessário;

(viii) a atuação supletiva do Estado será possível quando o ente que detiver a competência para o licenciamento, no caso o IBAMA, for omissivo ou inepto.

É o parecer.

RAFAEL LIMA DAUDT D'OLIVEIRA
Procurador do Estado
Chefe da Assessoria Jurídica da FEEMA

VISTO

APROVO o bem lançado Parecer n. 01/2007 da lavra do Ilustre Procurador do Estado Rafael Lima Daudt D'oliveira, Chefe da Assessoria Jurídica da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente – FEEMA, encaminhado a este Gabinete na forma dos artigos 6º e 7º do Decreto n. 40.500, de 1º de janeiro de 2007.

Conclui o Ilustre Parecerista que o licenciamento ambiental deve ser efetuado por um único ente federado, considerando, portanto, válidas as disposições dos artigos 4º e 7º da Resolução n. 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Para tanto, invoca os critérios que devem reger a repartição de competência comum (princípios da preponderância de interesses e da subsidiariedade); bem como, dentre outros, os princípios constitucionais da eficiência e da razoabilidade.

A matéria, como bem demonstrou o parecer, é polêmica, existindo inclusive pareceres divergentes no âmbito desta PGE, e opiniões divergentes entre os mais respeitados doutrinadores na área do direito ambiental.

Particularmente, embora vislumbre possíveis inconstitucionalidades em outros dispositivos da referida Resolução n. 237/97, entendo que aqueles objetos do parecer em questão são perfeitamente constitucionais. Na verdade, duas são as questões principais que o r. parecer bem dirimiu. A primeira é saber se a forma como a Resolução em questão regulamentou as atribuições da União (em matéria de licenciamento ambiental) é compatível com a Constituição e com a própria Lei 6.938/81 (que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e instituiu o licenciamento ambiental na legislação federal). A segunda questão é saber se o licenciamento ambiental *pode* ser cumulativo ou se, ao contrário, *deve* ser único.

Quanto à primeira questão é certo que, embora o art. 10 da Lei n. 6.938/81 tenha elegido os estados como principal ente licenciador (mesmo porque o licenciamento ambiental surgiu na esfera estadual bem antes do que na esfera federal)

não se discute que a referida lei³⁶ sempre estabeleceu alguns casos nos quais, por exceção, a competência para o licenciamento seria federal.

As hipóteses para as quais a Resolução 237 prevê que o licenciamento será de atribuição federal³⁷ nos parecem, *em geral*, compatíveis com o conceito de “atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”, nos quais, segundo o § 4º do art. 10 da Lei 6938, a atribuição é do IBAMA. Ou seja, *neste particular*, o CONAMA se ateve à mera regulamentação da lei que o criou³⁸, não inovando, mas apenas esclarecendo o conceito de impacto nacional ou regional já previsto na lei.³⁹ Registre-se apenas – *e esta seria a única conclusão* (“i”) *do parecer a merecer uma observação adicional* – que algumas hipóteses previstas no inciso I do art. 4º da Resolução 237 podem exigir uma interpretação conforme⁴⁰.

A outra questão central – e igualmente polêmica – abordada pelo parecer, diz respeito à unicidade do licenciamento ambiental. Trata-se de saber se é possível ou não submeter a mesma atividade ao licenciamento ambiental cumulativo por parte de todos os entes federativos.

Não se discute aqui que a licença ambiental pode e deve ser exigida de forma cumulativa com outras licenças (autorizações, permissões e registros diversos) governamentais. Este é o sentido específico da parte final do art. 10 *caput* da Lei 6.938/81, quando afirma que: “*A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes,*

³⁶Mesmo antes da alteração trazida pela Lei 7.804/89.

³⁷Art. 4º. Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II – localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV – destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

V – bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

(...)

³⁸Art. 6º, II da Lei n. 6.938/81.

³⁹O que não ocorreu com o art. 6º (que atribuiu competência aos municípios para o licenciamento), pois, neste particular, o CONAMA dispôs de forma diversa da Lei que o criou. No entanto, a polêmica questão da competência dos municípios para o licenciamento ambiental não é objeto do parecer em questão.

⁴⁰É que a atribuição para licenciar empreendimentos localizados em unidades de conservação “do domínio da União”, pode gerar dúvidas quando tais unidades estiverem integralmente localizadas no território de um estado (o que parece ocorrer *in casu*). Ainda assim, entendemos que o fato de uma unidade ter sido criada pela União (quando poderia tê-lo sido pelo Estado ou pelo Município) é suficiente para declarar a existência de um interesse federal preponderante em relação à área. Há, por certo, outras polêmicas específicas em relação ao referido dispositivo, sobretudo no que se refere à sua eventual aplicação a áreas de proteção ambientais federais que atingem áreas urbanas, com possível conflito com interesses locais, o que, novamente, não é objeto específico do presente parecer, embora deva ser mencionado já que a primeira conclusão do parecer não faz qualquer ressalva quanto à constitucionalidade do art. 4º, I da Resolução 237.

sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do (...) IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.”

No entanto, procurar na expressão em destaque a autorização legislativa para a possibilidade de cumulação de exigências de licenciamento ambiental é negar sentido lógico à própria exigência de um dispositivo que reparte competências (com efeito, por que repartir se tudo pode, ao fim e ao cabo, ser exigido por todos ao mesmo tempo?). Ademais, não haveria também qualquer sentido em se falar na existência de um “sistema” onde todos podem atuar ao mesmo tempo e na mesma intensidade.

Ocorre que, certamente movidos pelo objetivo de procurar assegurar uma maior proteção ambiental, parte da doutrina brasileira tem defendido a possibilidade de cumulação de licenças ambientais no que, lamentavelmente, parece estar sendo seguida, ainda que timidamente, pela jurisprudência, tudo como bem relacionado no parecer em questão.

Ora, esquecem-se os defensores de tal tese, com as vênias de praxe, que ela abre espaço não para a mera “duplicidade” mas sim para a multiplicidade de licenciamentos ambientais. Tome-se, por exemplo, o licenciamento de um oleoduto, ou de uma linha de transmissão que cruze dois estados. Para quem defende a possibilidade de licenciamento ambiental cumulativo este empreendimento deveria se sujeitar a três licenças ambientais (duas estaduais e uma federal). Como o licenciamento ambiental no Brasil segue (com exceção de poucos estados) o “modelo” das três licenças⁴¹, estas sim cumulativas, teríamos então, na verdade, nove licenças ambientais a serem expedidas antes do oleoduto ou da linha de transmissão poder operar.

Se o quadro acima traçado já tem todos os contornos da obra de Kafka lembre-se que, para os que admitem que o município é um dos entes licenciadores, teríamos ainda o possível licenciamento ambiental por parte de todos os municípios por onde o duto ou a linha de transmissão passarão. As nove licenças, portanto, podem facilmente ser multiplicadas por dez. Ora, a validade de tal cumulatividade representaria uma evidente atestado de inviabilidade (ou mesmo de incompetência) do federalismo cooperativo buscado pelo parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal.

De todo modo, como bem demonstrou o parecer, a cumulatividade contraria diversos princípios constitucionais (soterrando em especial o da eficiência) e fazê-lo em nome do objetivo de proteção do meio ambiente tampouco parece argumento suficiente.

Isto por que, como também demonstra o parecer, o fato de que haja apenas um ente precipuamente competente não afasta os demais entes dos procedimentos de licenciamento, já que estes *deverão*⁴² ser ouvidos, sendo certo que, caso suas ponderações não sejam levadas em consideração, estará aberta a via judicial, onde vigora a mais ampla legitimidade ativa na tutela ambiental. A tese aprovada, portanto, não representa qualquer abalo na capacidade do Estado do Rio de Janeiro em dar proteção ao meio ambiente fluminense.

⁴¹Licença Prévia “LP”, Licença de instalação “LI” e Licença de Operação “LO”.

⁴²Vide a Resolução 237, Art. 4º § 1º. O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

À Assessoria deste Gabinete para tirar cópia do parecer e deste visto, encaminhando-os à Secretaria de Estado do Ambiente para ciência.

Após, devolvam-se os originais à Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, para juntada no respectivo processo administrativo.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2007

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS

Subprocurador-Geral do Estado