

LIMITES DA ATUAÇÃO DO CONAMA QUANTO À EDIÇÃO DE RESOLUÇÕES EM MATÉRIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: PODER NORMATIVO X PODER REGULAMENTAR

*Regina Lúcia Avelar Uchoa Silva*¹

RESUMO: O presente trabalho se predispõe a investigar os limites da atuação do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, enquanto um órgão do Poder Executivo brasileiro, na edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental (proteção ao meio ambiente), devido aos muitos conflitos de interpretação, ainda subsistentes, das competências em matéria de licenciamento ambiental, sobretudo pela coexistência atual das normas da resolução Conama nº237/97 com as normas da LC nº 140/2011, que almejam suprir a necessidade de regulamentação sobre a matéria citada no parágrafo único do art. 23 da CF/88. A presente investigação ainda se volta para o advento da LC nº140/11, que tem resolvido muitos impasses, mas a definição das competências em matéria de licenciamento ambiental ainda tem sido um grande desafio, demandando regulamentações à própria lei complementar, como é o caso do recentíssimo Decreto nº8.437, de 22 de abril de 2015. Os interessados no licenciamento, desse modo, ainda têm recorrido ao Judiciário para tentar dirimir essa situação, almejando uma solução para restaurar a segurança jurídica. Assim, no presente trabalho se busca, suplementarmente, aclarar a diferença entre as funções normativa legislativa e regulamentar que está por trás da problemática em questão, sem olvidar de princípios basilares da conduta/atuação administrativa, como o da legalidade.

Palavras-chave: CONAMA; resoluções; licenciamento ambiental; conflitos de interpretação; legalidade.

1 Advogada, especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera/Rede LFG. Artigo adaptado à monografia apresentada e aprovada com nota máxima (10,0) pela banca examinadora, como requisito para obtenção do título de Bracharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS, sob a orientação do Professor Doutor Georges Louis Hage Humbert

INTRODUÇÃO

No presente trabalho acadêmico monográfico, pretende-se investigar a atividade normativa do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA relativa à edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental, bem como verificar a existência, no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro, de limites para essa atuação do mencionado órgão do Poder Executivo Federal.

Para tanto, *a priori*, no bojo da pesquisa em comento, visa-se fazer uma apresentação do CONAMA, desvendando o surgimento do órgão na estrutura administrativa brasileira, suas competências, entre outros elementos. Com efeito, inevitável se faz remeter os estudos às noções da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, como também do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, uma vez que o CONAMA, adiante-se, é órgão integrante do SISNAMA e executor da PNMA.

Por outro lado, objetiva-se adentrar no universo das resoluções CONAMA em matéria de licenciamento ambiental, buscando entender, nessa oportunidade, como se dá a atividade normativa desse órgão do Executivo. Para tanto, foram decompostas as resoluções CONAMA sobre licenciamento ambiental, momento em que foram tecidos breves comentários sobre as mesmas (uma vez que são muitas) e, ao mesmo tempo, realizou-se um corte epistemológico sobre a resolução CONAMA nº 237/97, tanto em razão da impossibilidade de se trabalhar com todas as resoluções que tratam de licenciamento ambiental num trabalho da ordem do ora proposto, quanto porque a resolução em destaque tem sua importância residente no fato de ser reconhecidamente uma das que mais enseja debates na doutrina e jurisprudência, sendo portanto a resolução que melhor representa a atuação do CONAMA no exercício do seu poder normativo.

Logo em seguida, a partir de construções doutrinárias sobre a Teoria da Constituição, foi realizado um estudo genérico sobre os aspectos jurídicos da resolução CONAMA nº 237/97. Confrontou-se também a referida resolução, mais especificamente o que ela dispõe acerca do licenciamento ambiental, bem como sobre distribuição de competências administrativas para proteção do meio ambiente, com alguns mandamentos constitucionais, tais como as

competências constitucionais dos entes federativos sobre proteção ambiental, bem como o dever de legalidade inerente aos atos da Administração Pública.

Através dos referidos aspectos jurídicos da resolução nº 237/97, tem-se como objetivo trazer à baila, mormente, a problemática da competência material ou administrativa para proteção do meio ambiente, acerca da qual os estudiosos do tema, hoje, encontram disposições normativas na Constituição Federal de 1988, por meio do seu art. 23 e incisos, na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/1981), na Resolução CONAMA nº 237/97, e ainda a novel Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011.

Adentrou-se também na questão da judicialização desses conflitos de competência de licenciamento ambiental, partindo da perspectiva de que os interessados no licenciamento ambiental visam por fim a incessante controvérsia que, malgrado o advento da LC nº140/2011, ainda paira sobre o tema, na ânsia de segurança jurídica.

Ademais, discorreu-se um pouco sobre como o Judiciário, em determinadas circunstâncias, pensa sobre os conflitos de competências em matéria de licenciamento ambiental, e a respeito da atividade normativa de órgãos do Poder Executivo, como o CONAMA, que apresenta verdadeiras “escorregaduras” com relação à ordem jurídica vigente (a exemplo das incompatibilidades da resolução CONAMA nº 237/97 com o regime constitucional), na medida em que não possuem, pela sua natureza jurídica de resolução, viabilidade normativa legislativa.

Posteriormente, buscou-se demonstrar que os limites da atuação do referido órgão do Executivo Federal, quando da atividade de edição de resoluções sobre licenciamento ambiental, consubstanciam-se em questão que perpassa pelas funções estatais normativa legislativa e regulamentar, bem como, sobretudo, aclarar a diferença entre as referidas funções. Tudo isso, numa tentativa de inquirir as viabilidades normativas das resoluções oriundas de um órgão do Poder Executivo – CONAMA.

Pois bem. Em suma, a problemática que ensejou a pesquisa em apreço reside no fato de o CONAMA dispor sobre matéria de competência administrativa para licenciamento ambiental, principalmente através da Resolução CONAMA nº 237/97, em dissonância ao que dispõe a

Constituição Brasileira de 1988, no seu art.23, bem como em afronta ao estabelecido pela Lei nº 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), sendo que o que mais chama atenção é o fato de as resoluções CONAMA sobre licenciamento ambiental (mormente a Resolução CONAMA nº 237/97) mais parecerem fruto do exercício inconstitucional e arbitrário de um poder normativo (regulamentar).

Tudo isso, e mais um pouco, foi pesquisado no sentido de se evidenciar limites para essa atuação do CONAMA na edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental.

1. CONAMA: ELEMENTOS FUNDAMENTAIS

Não há falar em “limites da atuação do Conselho Nacional de Meio Ambiente -CONAMA”, tampouco em “resoluções CONAMA”, sem antes investigar e definir propriamente o que é o CONAMA.

Na letra fria da Lei nº 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – criadora do CONAMA), precisamente do inciso II, do seu art.6º, o CONAMA traduz-se no Conselho Nacional de Meio Ambiente, e corresponde ao órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA que visa auxiliar, estudar e apresentar ao Conselho de Governo (órgão superior do Sistema Nacional de Meio Ambiente), norteadores de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, e determinar, de maneira adstrita a sua competência, bem como detalhadamente e tecnicamente, padrões compatíveis aos atos normativos legais do Congresso Nacional efetivadores dos princípios da proteção ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

A par da tamanha profusão inerente aos conceitos legais, tal como o supra mencionado (inciso II do art. 6º da Lei 6.938/81) – daí a opção de iniciar pelo mesmo -, a referida definição traz algumas novas e específicas terminologias que comportam alguns esclarecimentos. Vale dizer, portanto, o que é “Política Nacional do Meio Ambiente”, bem como “Sistema Nacional de Meio Ambiente” e quais os integrantes do SISNAMA, do qual o “Conselho de Governo” é um dos seus membros.

1.1. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Pois bem. Pode-se extrair um ligeiro, embora preciso significado de Política Nacional do Meio Ambiente, a partir do próprio objetivo desta política nacional. Com efeito, a doutrina que disciplina a matéria afirma que a PNMA “tem por objetivo congregar todos os entes políticos em uma atividade coordenada de enfrentamento dos problemas ambientais” (ANTUNES, 2005, p.03). Nesse sentido, seria a PNMA essa atividade coordenada de enfrentamento dos problemas ambientais, a qual dependeria da também referida atividade congregada dos entes políticos.

Reforçando a sobredita definição da PNMA, considere-se ainda a disposição normativa do art. 2º da Lei 6.938/81, que traz uma nova leitura dos objetivos da PNMA, qual seja, “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. Note-se que essa definição legal dos objetivos da PNMA permite conceituá-la como um plano de ação voltado para o alcance da proteção do meio ambiente, do desenvolvimento sustentável, respeitando os ideais de dignidade da vida humana e segurança nacional.

Ademais, relevante para o entendimento do que seja a PNMA é o posicionamento doutrinário de José Afonso da Silva (2009, p. 213), na medida em que, para o referido autor, não se pode pensar numa política nacional voltada para o meio ambiente como um fim em si mesma, e sim, de uma maneira integrada com outras políticas governamentais, a fim de que ela esteja adequada e consoante a outros objetivos de desenvolvimento social, econômico, urbano e outros.

Ainda na fonte doutrinária de conhecimento, dos comentários de Paulo de Bessa Antunes (2005, p.73) acerca do art. 4º da lei nº 6.938/81, também se extrai que a PNMA seria uma lei cujo fim é estatuir uma política pública para obtenção do desenvolvimento sustentável.

Assim é que, convalidando com todas as concepções da Política Nacional do Meio Ambiente supra, pode-se conceituar a PNMA “como o conjunto dos instrumentos legais, técnicos, científicos, políticos e econômicos

destinados à promoção do desenvolvimento sustentado da sociedade e economia brasileiras”² (ANTUNES, 2011, p.120).

Nesses termos, a PNMA enquanto um conjunto de instrumentos legais, técnicos, científicos, políticos e econômicos, demanda uma grandiosa estrutura que a implemente. Dessa lógica foi que surgiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente.

1.2. SISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE – SISNAMA

Tem-se pela literalidade do art. 6º, *caput*, da Lei 6.938/81 que o Sistema Nacional de Meio Ambiente é o conjunto de “órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental”.

Há na doutrina brasileira quem defina o Sistema Nacional de Meio Ambiente para além de um conjunto de órgãos das mais variadas esferas do Poder Público Federativo:

O Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) é um conjunto articulado de órgãos, entidades, **regras e práticas** da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e de Fundações Instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, sob a direção superior do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).(DA SILVA, 2009, p.226)(Grifo nosso).

Todavia, conforme observa Paulo de Bessa Antunes (2005, p.3-4) importa atentar para o fato de que o SISNAMA, ao contrário dos demais sistemas nacionais existentes (a exemplo do Sistema Nacional de Recursos Hídricos; Sistema Tributário Nacional; Sistema Financeiro Nacional; Sistema Único de Saúde), não está contemplado na Constituição Federal, possuindo previsão legal. Porquanto, só pode ser entendido como uma estrutura de auxílio e cooperação entre os entes federativos. Não há que se pensar no SISNAMA

2 Nesses termos também Marcelo Dawalibi (1999, p.97): “conjunto de ações, estudos e projetos governamentais instituído pela Lei Federal nº 6.938/81, cujo objetivo é a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana’ (art.2º, *caput*)”.

com uma visão hierárquica entre os seus membros, conferindo maiores e menores graus de importância de atuação, onde a União ganharia o topo da escala, os Estados o nível intermediário e os Municípios o último.

Assim, “o SISNAMA, tal qual está estruturado é, muito mais, uma tentativa de estabelecer uma organização política capaz de assegurar coordenação entre os diferentes entes políticos do que uma estrutura constitucionalmente legitimada” (ANTUNES, 2005, p.5).

Para apontar o rol de órgãos membros que integram o referido sistema nacional, faz-se necessário observar o rol do art. 6º da lei nº 6.938/81.

A priori, tem-se por Conselho de Governo, conforme assevera Paulo de Bessa Antunes (2011, p.153), um dos órgãos componentes do SISNAMA que, mais especificamente, integra a Presidência da República, e tem por incumbência - nas palavras do Autor - o “assessoramento imediato” do Presidente da República.

Complementando a definição supra, o inciso I do art. 6º da Lei 6.938/81 diz que tal assessoramento ao Presidente se dá voltado a “formulação da política nacional e diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais”.

Vale dizer ainda, nos termos do inciso I, do art.7º da Lei 9.649/98, que o Conselho de Governo é integrado pelos Ministros de Estado, pelos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República e pelo Advogado Geral da União, e “será presidido pelo Presidente da República, ou, por sua determinação, pelo Chefe da Casa Civil, e secretariado por um dos membros para este fim designado pelo Presidente da República”.

Seguindo a ordem estabelecida pelos incisos do art. 6º da Lei 6.938/81, sucessivamente ao Conselho de Governo está o Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, cuja tradução do referido órgão já foi feita. Assim, a importância de abordá-lo, no momento, reside em apontá-lo simplesmente como um dos membros do SISNAMA.

Respeitando a dita ordem legal, tem-se pela redação do inciso III do art. 6º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República como mais um dos órgãos integrantes do SISNAMA. Porém, segundo Paulo de Bessa Antunes (2005, p.96), tal inciso já passou da hora de ser modificado, juntamente as alterações

legislativas frequentemente empreendidas contra a Lei 6.938/81, haja vista que é fato incontroverso a extinção do dito órgão do SISNAMA³, bem como que, hoje, o exercício das funções de órgão central do Sistema Nacional de Meio Ambiente fica a cargo do Ministério de Meio Ambiente (MMA).

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA vem logo em seqüência (inciso IV do art. 6º da Lei 6.938/81) como o órgão executor da Política Nacional de Meio Ambiente e das “diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente”⁴.

Por força da Lei nº 12.856, de 2 de setembro de 2013 foi acrescido na redação desse inciso, junto ao IBAMA, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes.

Por fim, a Lei nº 6.938/81 ainda inclui no rol de integrantes do SISNAMA os órgãos seccionais (inciso V, art.6º) e locais (inciso VI, art. 6º), aos quais compete, segundo Paulo de Bessa Antunes (2005, p.105), a maior parte da atividade de controle ambiental, sendo que os primeiros são órgãos ou entidades estaduais, e os segundos, órgãos municipais. Além da atividade de controle ambiental, são “responsáveis pela execução de programas e projetos” e pela “fiscalização de atividades capazes de provocar degradação ambiental”⁵.

Quanto aos órgãos locais, corroborando o já externado posicionamento de Paulo de Bessa Antunes (2005, p.105), vale acrescentar que sua atuação no controle e fiscalização ambiental muitas vezes é inexistente, ou desempenhado pelo órgão estadual ou federal.

1.3. RESOLUÇÕES CONAMA EM MATÉRIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL.

A importância de estudar, ao menos genericamente, as resoluções CONAMA sobre licenciamento ambiental é inquestionável para o presente trabalho, uma vez que o sistema de licenciamento ambiental brasileiro – utilizando-se das palavras de Paulo de Bessa Antunes (2011, p.216) – “está construído fundamentalmente em Resoluções Administrativas do Conama”.

3 “O Ministério do Meio Ambiente resultou da transformação da Secretaria do Meio Ambiente em Ministério por força do art. 21 da Lei nº8.490, de 19 de novembro de 1992”(ANTUNES, 2005, p.97).

4 Fim do inciso IV do art. 6º da Lei nº 6.938/81.

5 Art.6º, inciso V, Lei 6.938/81.

Por hora, tomando por base o livro Resoluções do CONAMA⁶, pode-se afirmar que as resoluções do Conselho Nacional se subdividem em três classes de resoluções: as resoluções que versam sobre “normas e procedimentos gerais para licenciamento ambiental”; as que tratam de “licenciamento ambiental por atividade”; e as que cuidam do “licenciamento ambiental por região ou local de atuação”.

No ensejo, insta salientar que as resoluções CONAMA a serem citadas certamente não compreendem o total de resoluções do referido órgão sobre licenciamento ambiental que existem hoje. Isso porque, até os dias de hoje, também há produção resolutiva por parte do Conselho, como se vê das informações constantes da própria página da internet oficial do órgão⁷.

A presente pesquisa, porquanto, se ateve aos dados constantes do livro Resoluções do CONAMA, uma vez que a intenção é fazer uma abordagem genérica sobre as resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente que versam sobre licenciamento ambiental, e até para respeitar a classificação das resoluções CONAMA acima mencionada.

Destarte, no rol das resoluções CONAMA que tratam sobre “normas e procedimentos gerais para licenciamento ambiental” estão incluídas as seguintes resoluções: nº 01/86; nº 06/86; nº 11/86; nº 9/87; nº 237/97; nº 281/01; nº 306/02; nº 378/06 e a nº 381/06.

Já no bojo da classe de resoluções CONAMA que tratam do “licenciamento ambiental por atividade”, insere-se o maior número do total de trinta e oito resoluções do referido órgão sobre licenciamento ambiental. São elas: nº 01/85; nº 05/85; nº 14/86; nº 06/87; nº 05/88; nº 09/90; nº 10/90; nº 16/93; nº 23/94; nº 264/99; nº 273/00; nº 279/01; nº 284/01; nº 305/02; nº 312/02; nº 319/02; nº 334/03; nº 335/03; nº 349/04; nº 350/04; nº 368/06; nº 377/06; nº 385/06; nº 387/06; nº 402/08 e a nº 404/08.

Por sua vez, no que toca a classe de resoluções CONAMA que cuida do “licenciamento ambiental por região ou local de atuação”, há falar que nela estão inseridas apenas as resoluções de nº 04/93; nº 04/95; nº 10/96 e a nº 286/01.

6 CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resoluções do Conama: resoluções vigentes publicadas entre julho de 1984 e novembro de 2008. 2. ed. Brasília: Conama, 2008, p.739-882.

7 O site oficial do CONAMA é www.mma.gov.br/conama.

Todavia, apesar de existir muitas resoluções CONAMA sobre a temática do licenciamento ambiental, mais interessante para a presente pesquisa é fazer uma análise detida acerca da resolução CONAMA nº 237/97. A referida resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente tem uma peculiar importância, uma vez que, na metonímica definição constante no trabalho coordenado por Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p.18), “é uma das que mais debate gera na doutrina e jurisprudência”.

Tudo isso porque, utilizando-se das palavras de Maria Lúcia Cardoso de Souza:

O Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), através da Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, editou as normas gerais de licenciamento ambiental para todo o território nacional, estabelecendo os níveis de competência federal, estadual e municipal, de acordo com a extensão do impacto ambiental. (DE SOUZA, 2010, p.38)

Nada obstante, agora, apenas os aspectos gerais da resolução CONAMA nº 237/97 serão objeto de investigação, tais como palavras-chave, a motivação do ato administrativo, o objetivo principal, entre outros.

Pois bem. Pode-se extrair a título de palavras-chave da resolução CONAMA em espeque as seguintes expressões: licenciamento ambiental; licença ambiental; empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras; e órgão ambiental competente. De maneira incessante, tais expressões se encontram dispostas no texto da resolução nº 237/97, o que é bastante previsível para um ato normativo que, segundo o preâmbulo, “dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental”.

Logo em seguida, compulsando o texto da resolução ora esmiuçada, notadamente a sua ementa, observa-se que a sua motivação, em suma, corresponde a uma espécie de tentativa do CONAMA em enfrentar uma conjuntura de grandes dificuldades atrelada ao licenciamento ambiental brasileiro, a qual, inclusive, Paulo de Bessa Antunes, referindo-se ao que intitula de “sistema estabelecido pela resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997” (ANTUNES, 2011, p.191), define de uma maneira bem simples e realista:

As grandes dificuldades existentes no processo de licenciamento ambiental, decorrentes, em grande parte, de uma incompreensão da Lei nº 6.938/81, acarretaram que, muitas vezes, fossem exigidas dos empreendedores diferentes licenças ambientais. Tal situação, evidentemente, não poderia prosseguir, em razão dos seus elevados custos e de sua irracionalidade latente. O CONAMA, acertadamente, tentou enfrentar a questão. Infelizmente, a solução dada ao problema não foi a mais adequada [...]. (ANTUNES, 2011, p.191).

Nesse desiderato, vale transcrever a referida ementa da resolução CONAMA nº 237/97:

O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA, no uso das atribuições e competências que lhe são conferidas pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentadas pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, e tendo em vista o disposto em seu Regimento Interno, e

Considerando a necessidade de revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, de forma a efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental, instituído pela Política Nacional do Meio Ambiente;

Considerando a necessidade de se incorporar ao sistema de licenciamento ambiental os instrumentos de gestão ambiental, visando o desenvolvimento sustentável e a melhoria contínua;

Considerando as diretrizes estabelecidas na Resolução CONAMA nº 11/94, que determina a necessidade de revisão no sistema de licenciamento ambiental;

Considerando a necessidade de regulamentação de aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional de Meio Ambiente que ainda não foram definidos;

Considerando a necessidade de ser estabelecido critério para exercício da competência para o licenciamento a que se refere o artigo 10 da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981;

Considerando a necessidade de se integrar a atuação dos órgãos competentes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA na execução da Política Nacional do Meio Ambiente, em conformidade com as respectivas competências, resolve: (Grifos nossos)

Outrossim, da supramencionada ementa da resolução CONAMA nº 237/97 também pode-se entender o seu objetivo principal, qual seja, disciplinar a atuação dos entes federativos no desempenho da atividade de emissão de licenças ambientais, o que se percebe, mormente, da redação do seu art. 7º, interpretada juntamente aos arts. 4º, 5º e 6º que tratam, especificamente, da competência dos entes políticos.

Ademais, não há que olvidar de importantes contribuições e/ou feitos obtidos com a edição da resolução CONAMA nº 237/97. Um desses feitos que fazem jus à presente lembrança, segundo Paulo de Bessa Antunes (2011, p.193), é a fixação do procedimento de licenciamento ambiental, constante nos incisos do décimo artigo da resolução.

Louvável também, na opinião do supramencionado Autor, é o art. 14 c/c art. 18 da resolução nº 237/97, na medida em que têm contribuído para elidir com a morosidade administrativa na tramitação do processo de licenciamento ambiental.

Merece aplauso o art. 14 da Resolução nº 237/97, ao definir prazo para a tramitação dos processos de licenciamento ambiental, evitando-se, desta forma, os processos que nunca chegavam ao fim. Estabeleceu-se, também, a prorrogação automática das licenças quando estas não forem renovadas no prazo regulamentar, por culpa exclusiva da administração (art. 18, § 4º). (ANTUNES, 2011, p.194).

2. A RESOLUÇÃO CONAMA Nº 237/97: ASPECTOS JURÍDICOS

Enfim, passa-se a estudar esta resolução CONAMA em especial, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, sendo portanto, importante referencial para investigação de como tem se dado a atuação do CONAMA na edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental.

A resolução em questão vem repercutindo de tal forma no mundo jurídico, que muitos doutrinadores põem em xeque a sua constitucionalidade⁸. A doutrina, de maneira quase uníssona, pontua, a fim de ressaltar a inconstitucionalidade da resolução nº 237/97, em apertada síntese, que por meio de tal ato administrativo de caráter normativo o CONAMA traçou

8

Nesse sentido estão: Édís Milaré, Paulo Afonso Leme Machado, Paulo de Bessa Antunes.

regras sobre competência entre as entidades federadas - a pretexto de firmar apenas critérios para disciplinar o desempenho da competência estatuída pelo art. 10 da Lei nº 6.938/81 - e determinou, nos termos do art. 7º da resolução, que “os empreendimentos e atividades serão licenciados em único nível de competência”.

Todavia, é preciso salientar que as referidas pontuações feitas pela doutrina ambiental (frise-se, quanto à inconstitucionalidade possivelmente residente no fato de a resolução ter traçado competências para os entes federativos e estatuído que o licenciamento ambiental só pode se dar em um único nível de competência) se coadunam perfeitamente com a famosa Teoria da Constituição.

Na Teoria da Constituição e suas diferentes concepções existentes a respeito do significado de Constituição (lembre-se, sociológica, política, jurídica, cultural e aberta⁹), pode-se encontrar verdadeira certeza quanto a alguns conteúdos que são próprios da Constituição, e que, porquanto, não podem ser disciplinados ou estabelecidos através de qualquer outro meio, ou ato normativo.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, Carl Schmitt¹⁰ na sua concepção política de Constituição, definiu a Constituição como um conglomerado de normas que versavam sobre caracteres fundamentais do Estado.

[...] para o autor, a Constituição corresponde apenas a um conjunto de normas referentes aos aspectos fundamentais do Estado, que ele denomina de decisões políticas fundamentais. [...] Em outras palavras, **é conteúdo próprio da Constituição aquilo que se refira às formas de Estado e de governo, aos órgãos do poder, suas atribuições e limites e aos direitos e garantias fundamentais.** (CUNHA JÚNIOR, 2008a, p.73). (Grifo nosso).

Gilmar Ferreira Mendes em obra coletiva com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratarem da concepção política da Constituição a intitulam de “Constituição como instrumento de governo”

9 Concepções assim denominadas por Dirley da Cunha Júnior (2008a, p. 68-99).

10 Autor clássico, como cediço, de maior visibilidade e pensamento de destaque dentro da concepção política da Constituição, o que se deu em razão da sua obra *Teoria da Constituição* (*Verfassungslehre*).

– fazendo remissão a Hennis¹¹ – e afirmam que “assim compreendida, a Constituição não passa de uma lei processual, **em cujo texto apenas se estabelecem competências, regulam-se processos e definem-se limites para a ação política**” (FERREIRA MENDES; MÁRTIRES COELHO; GONET BRANCO, 2008, p. 06) (Grifo nosso).

Ou seja, da concepção política de Constituição não há dúvidas sobre qual é o conteúdo das normas constitucionais, que, utilizando-se dos termos em destaque nos trechos das obras supramencionais, corresponde: as formas de *Estado e de governo*, aos *órgãos do poder*, suas *atribuições e limites (competências e limites para a ação política)*, aos *direitos e garantias fundamentais*.

Veja-se também a concepção jurídica, da qual se destaca o pensamento de Hans Kelsen. O Autor se utilizou do clássico dualismo “*constituição material e constituição formal*” - classificação esta também pertencente a Teoria da Constituição e que, adiante-se, será utilizada neste sub-item em demonstração da coerência da tese de inconstitucionalidade da resolução nº 237/97 com a mesma Teoria da Constituição – a fim de explanar o que entende por Constituição, que, segundo ele, é um misto das duas acepções, a material e formal.

Atente-se, respectivamente, para o que Hans Kelsen entende por Constituição Material (A) e Formal (B), em seguida, para o que ele considera por conteúdo de uma constituição material (C) e, por fim, para uma de suas definições de Constituição ou norma jurídica fundamental (*Grundnorm*)(D):

- a. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito Positivo mais elevado. **A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.** (KELSEN, 1996, p.247). (Grifo nosso).
- b. Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a **Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado**

11 “Em 1968, por exemplo, ao criticar as teorias materiais da Constituição por “sobrecarregarem” a Constituição e transformarem-na em uma espécie de “livro dos livros”, **Wilhelm Hennis propôs que, para evitar a dicotomia entre Constituição e realidade constitucional, a Teoria da Constituição deveria levar em conta a particularidade normativa da Constituição. Para tanto, seguindo o modelo norte-americano, a Constituição deveria ser entendida como um instrumento de governo, com uma Teoria Processual da Constituição**”. (Grifo nosso) (BERCOVICI, 2011. p. 10).

como ‘Constituição’ que – como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetidos a requisitos mais severos.(KELSEN, 1996, p.247-248). (Grifo nosso)

- c. A produção de normas jurídicas gerais, regulada pela Constituição em sentido material, tem, dentro da origem jurídica estadual moderna, o caráter de legislação. A sua regulamentação pela Constituição **compreende a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais – leis e decretos.** (KELSEN, 1996, p.248). (Grifo nosso).
- d. A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas por um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. (KELSEN, 1996, p. 221).

Ou seja, de acordo com a concepção jurídica kelseniana de constituição, é também a norma constitucional que deve estabelecer as competências dos entes federativos, na medida em que Hans Kelsen afirma ser matéria das constituições que regulam a produção das normas jurídicas gerais (Constituição Material) “a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais – leis e decretos” (KELSEN, 1996, p.248).

Ademais, como o Autor idealizou a sua norma jurídica fundamental a partir - e, frise-se, não somente - de uma constituição material - tendo em vista o trecho supra transcrito e referenciado pela letra “D” - pode-se concluir que a *Teoria Pura do Direito*, precisamente no que atine a concepção jurídica da Constituição, tal qual a concepção política, respaldam as conclusões da doutrina ambiental no sentido da inconstitucionalidade da resolução CONAMA nº 237/97.

De mais a mais, dentro da Teoria da Constituição ainda tem-se a supremacia da constituição, que há de ser lembrada porque, conforme Ritinha Alzira Stevenson Georgakilas citada por Dirley da Cunha Júnior (2008a, p.100), a superioridade da norma constitucional em detrimento das demais que integram o ordenamento jurídico ainda está atrelada a natureza das normas constitucionais, natureza esta que para a Autora é justamente a conjuntura que está por traz da organização do poder político de um Estado.

Essa supremacia da Constituição (ou imperatividade reforçada e superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o *poder constituinte originário*, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos. Para além disso, **ainda vigora na doutrina a idéia de que a Constituição é suprema em razão da natureza de suas normas, na medida em que estas refletem a real estrutura da organização do poder político de determinado Estado**, que elas retratam e disciplinam. (JÚNIOR, 2008, p.100). (Grifo nosso).

Assentindo com o posicionamento doutrinário supra, está José Afonso da Silva igualmente se referindo ao tema da supremacia da Constituição:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos, na medida em que ela os reconheça e na proporção por eles distribuídos. **É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.** (SILVA, 2006, p.45). (Grifo nosso).

José Afonso da Silva, mais uma vez, há de ser lembrado pela categórica relação que faz entre o *status* de lei fundamental e suprema que detém a Constituição e a própria existência de autoridades, dos poderes e competências governamentais:

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro. **Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais.**

Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. (Grifo nosso). (SILVA, 2006, p.46)

Assim, de fato não é coerente nem com as supramencionadas concepções clássicas da Constituição, nem com a própria supremacia da Constituição que se estabeleça, por meio de normas infraconstitucionais (mais especificamente, através de meras resoluções de órgão do Executivo - CONAMA), qualquer competência material dos entes federativos, uma vez que as atribuições dos órgãos dos poderes políticos consubstanciam-se em matéria equivalente aos aspectos *fundamentais do Estado*, os quais, frise-se, conforme a Teoria da Constituição, são conteúdos próprios das normas constitucionais.

Ademais, é também por imposição da supremacia da Constituição que, segundo JJ. Gomes Canotilho, citado por Dirley da Cunha Júnior (2008a, p. 102), os atos oriundos do Poder Público, na íntegra, devem assistir ao quanto preceituado pelas normas constitucionais.

A supremacia da Constituição conduz à sua *superioridade hierárquico-normativa* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade, ainda segundo o autor de Coimbra, implica em que: a) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprimazia normativa*); b) as normas da constituição são *normas de normas* (*normae normarum*), afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas, e c) **a superioridade normativa das normas constitucionais gera o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes políticos com a Constituição.** (CUNHA JÚNIOR, 2008a, p.102). (Grifo nosso).

Dirley da Cunha Júnior (2008a, p.102-103) também desenvolve o referido raciocínio, relacionando a imposição de conformidade dos atos dos poderes políticos aos ditames constitucionais ao princípio da constitucionalidade. Vejamos.

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem

com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: *todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem formal e materialmente, com o texto supremo.* (CUNHA JÚNIOR, 2008a, p.102-103).

Outrossim, verdadeiro auxílio na compreensão das matérias inerentes a Constituição é estudar o tema da classificação das constituições, mais precisamente a classificação quanto ao conteúdo, tema este que também se encontra inserido na Teoria da Constituição – é o que se observa, mormente, da doutrina de José Afonso da Silva; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco; Manoel Gonçalves Ferreira Filho; Paulo Bonavides; Dirley da Cunha Júnior; Jorge Miranda; Michel Temer e André Ramos Tavares - autores do Direito Constitucional estes tomados como referência no presente trabalho.

Sendo assim, a doutrina constitucional que trata de tal classificação, afirma que as constituições, quanto ao conteúdo, podem ser de ordem *material e formal*. Entretanto, no presente trabalho será dado maior enfoque para os significados das constituições em sentido material, na medida em que é neste sentido que se encontra o cerne da questão ora em evidência, qual seja: demonstrar a coerência com o ordenamento jurídico pátrio da opinião da doutrina ambiental acerca da inconstitucionalidade da resolução CONAMA nº 237/97, haja vista que por meio do referido ato administrativo de caráter normativo foram fixadas competências para os entes federativos e estabelecido que o licenciamento ambiental se dará em um único nível de competência. Até porque, compulsando a parte da doutrina constitucional supracitada, nota-se que não há grande complexidade, tampouco ambigüidade quanto à aceção formal.

Adiante-se, porquanto, a tradução de Constituição formal, que segundo Dirley da Cunha Júnior (2008a, p. 109) “é o conjunto de normas escritas reunidas num documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, tenham ou não valor constitucional material, ou seja, digam ou não respeito às matérias tipicamente constitucionais (estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais)”.

Ressalte-se que a forma escrita e a solenidade das normas constitucionais implicam dizer, segundo José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p.42), “*não poderem ser modificadas senão de acordo com certos processos, de valor superior aos demais processos de elaboração das normas de Direito*”(original grifado).

Pois, bem. De volta à acepção material da Constituição, José Afonso da Silva (2006, p.40), a subdividiu em mais dois sentidos: o amplo e o estrito. Segundo o Autor, “No primeiro, identifica-se com **a organização total do Estado**, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, **que regulam a estrutura do Estado, a organização dos seus órgãos** e os direitos fundamentais” (Grifo nosso) (SILVA, 2006, p.40).

De sua vez, diz Paulo Bonavides (2011, p.80) o seu conceito de constituição material:

Do ponto de vista material, a Constituição é o **conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência**, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição. (Grifo nosso). (BONAVIDES, 2011, p.80)

Assim, findadas as mencionadas asseverações doutrinárias acerca da Teoria da Constituição, por outro lado, pode-se dizer ainda, quanto à resolução CONAMA nº 237/97, que a fixação de regras de competência para licenciar ambientalmente à todos os entes federativos – o que se comprova observando o teor dos arts. 4º, 5º e 6º da resolução em questão - não se compatibiliza com a imposição constitucional do parágrafo único do mesmo art. 23, haja vista que em tal parágrafo resta estabelecido que “**leis complementares** fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”¹².

Com relação ao sobredito fato e, a tudo o quanto nesse *tomos* do presente trabalho de pesquisa exposto, faz-se oportuno, mais uma vez, citar Hans Kelsen, quando diz:

¹² “Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. (KELSEN, 1996, p.216).

Tal citação permite analogia no sentido de que não é em razão de o Conselho Nacional de Meio Ambiente ter editado a resolução nº 237/97, a qual fixou competências para o licenciamento ambiental a todos os entes federados, que se deve tomar os comandos da referida resolução como válidos, quiçá vinculantes.

Isso porque, atitude contrária é incompatível com a base constitucional há muito estabelecida, precisamente, desde a Teoria da Constituição, de sorte que esta teoria representa um verdadeiro limite a atuação do CONAMA quanto à edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental.

O quanto afirmado por Hans Kelsen é ainda mais veemente quando se atenta para determinação constitucional do parágrafo único do art.23 de que ficará a cargo de leis complementares a fixação de normas com vistas a disciplina da cooperação entre os entes federativos, tanto para a competência administrativa de proteção ambiental, quanto para as demais competências elencadas nos demais incisos do art. 23 da Carta Maior.

Por outro lado, pode-se também perfeitamente dizer que a resolução CONAMA nº 237/97 é incompatível com as competências legislativas da CF/88, até mesmo antes de confrontar com a competência administrativa para proteção ao meio ambiente prevista no art. 23, mormente nos seus incisos III, VI e VII da CF/88.

Isso porque, as resoluções tais quais a resolução CONAMA nº 237/97, devem respeitar – para o exercício da referida competência administrativa do art.23 da CF/88 - as competências legislativas dos artigos 22, 24, 25, 30 da Constituição.

Através das lições de Georges Louis Hage Humbert (2011a, p.46), quando discorreu em artigo específico de sua autoria sobre competência no licenciamento ambiental, pode-se reforçar o sobredito alerta para a

necessidade de observância das já existentes competências constitucionais ambientais. Veja-se:

de início é importante ter em mente que estamos diante de uma complexa e peculiar forma de estado, a qual agrupa quatro entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Todos eles detêm, nos estritos termos delineados pela Constituição, competências, ou seja, poderes e deveres, exercíveis, quanto ao meio ambiente, por todos eles, de forma simultânea. Portanto, o cerne do problema e a sua solução estão na Carta Magna. Por isso, apesar de grave, esta questão é passível de soluções rápidas, juridicamente válidas e exequíveis. Para tanto, os intérpretes e aplicadores do direito terão papel fundamental aplicando corretamente a Constituição. (HUMBERT, 2011, p. 46)

Francisco Thomaz Van Acker explica a necessidade de observância das competências legislativas da CF/88 preponderantemente às competências administrativas de maneira muito didática, de forma que se faz imprescindível transcrever o quanto por ele afirmado:

A competência administrativa comum dos três níveis de governo, definida no art. 23 da Constituição, é decorrência natural da competência normativa concorrente eis que, no Estado de Direito, o administrador deve dar cumprimento à lei não podendo agir à margem dela, nem para mais nem para menos.

Portanto, se o Estado ou o Município, no exercício de sua competência constitucional, instituíram, por lei, um licenciamento ambiental, não pode a União reduzir ou limitar a competência administrativa que esse entes federados têm para dar cumprimento a suas próprias leis, nem definir um único nível de competência, com exclusão dos demais. A competência concorrente, por sua própria natureza, não é excludente. Não admite exclusão, de qualquer um dos entes políticos competentes. (ACKER, 1997, p.166).

Leia-se do quanto afirmado por Francisco Thomaz Van Acker que, as competências administrativas do art. 23 da CF/88 são consecutivas às competências legislativas da própria CF/88, e que, porquanto, a União – esteja ela personificada no seu poder Executivo, como no caso da resolução nº 237/97, em testilha - não pode intervir no desempenho das competências

constitucionais pelos demais entes federados, ao ponto de restringir suas competências administrativas no que tange a expedição de licenças ambientais, ou mesmo, fixar que o licenciamento ambiental só pode ser realizado por um único ente federativo – ressalte-se, como o fez o CONAMA, por meio da resolução nº 237/97.

Paulo de Bessa Antunes (2011, p. 90) chancela o quanto supra afirmado ao entender que **“rotineiramente, o poder de polícia sobre determinada atividade integra as atribuições da pessoa de direito público interno dotada de competência legislativa no assunto, visto que o poder de polícia é uma decorrência da competência. À competência legislativa corresponderá uma competência administrativa específica”** (Grifo nosso).

O autor até amplia o seu entendimento ora trazido à baila ao trazer para análise a competência legislativa privativa, dizendo que “é possível se afirmar que a competência privativa exerce um direito de preempção sobre a competência concorrente e mesmo a comum, sempre que entre elas se identifique um ponto de contato” (ANTUNES, 2011, p. 91). O que Paulo de Bessa Antunes está a dizer se auto-explica através do seu próprio exemplo:

Ora, ao legislar sobre *minas*, por exemplo, a União exerce toda a competência sobre a matéria, inclusive a ambiental, adotando-se o critério de que o acessório segue o principal, ou seja, a competência concorrente somente será exercida na medida em que se conforme ao padrão federal definido em sede de competência exclusiva. **Nenhuma norma estadual ou municipal poderá, à título de proteção ambiental, chegar ao ponto de inviabilizar a atividade tal qual definida pela União no uso exclusivo de suas atribuições.** Este é um parâmetro que deve ser seguido em toda e qualquer matéria que, tratada na competência privativa da União, tenha repercussão ambiental (competência concorrente). (Grifo nosso). (ANTUNES, 2011, p. 91).

Há que mencionar acerca do sobredito entendimento extraído da obra de Paulo de Bessa Antunes (2011, p. 90-91), o alerta que o Autor faz no sentido de que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado da forma

sobredita: “as competências privativas se sobrepõem às competências concorrentes – quando os temas se tangenciarem [...]” (ANTUNES, 2011, p. 91).

Desse modo, a Administração pública - *in casu*, os órgãos ambientais das esferas federal, estadual e municipal – não podem se furtar de utilizar o arcabouço normativo constitucional de competências dos entes federativos constante na própria Constituição Federal, sob o argumento de estar a observar o quanto instituído pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente por meio da resolução CONAMA nº 237/97. Isso porque seus atos devem estar adstritos ao princípio da *legalidade*, e seu relevante corolário, *reserva legal*.

Veja-se que a Administração Pública deve, pela imposição da própria Constituição Federal, mormente do seu art. 37, estar adstrita a princípios como a legalidade e reserva legal.

É a legalidade, conforme Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 432), “mais do que reverência absoluta à norma”. O autor, de maneira precisa, afirma que no contexto da legalidade administrativa faz-se necessário investigar o verdadeiro significado da expressão *lei* (SILVA NETO, 2008, p. 432) que, ao seu ver, “só pode ser aquela em sentido material e formal, ou seja, além de ter conteúdo de norma jurídica, **deve ter sido criada de acordo com o processo constitucionalmente regrado**”(Grifo nosso) (SILVA NETO, 2008, p. 432).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.100) igualmente faz alerta para a necessidade de uma compreensão mais profunda do princípio da legalidade dentro do contexto dos atos administrativos. Afirmou o Autor em sua obra que é por força da generalidade, abstração e legitimidade popular das leis, que se garante uma atuação do Executivo respaldada pelo que intitula de “vontade geral”, no sentido de que não vá além da efetivação desta (da lei ou da “vontade geral”) (DE MELLO, 2011, p.100).

Destarte, em virtude da imposição constitucional da legalidade nos atos administrativos, é que, mais uma vez, a resolução CONAMA nº 237/97 não encontra respaldo para subsistir no ordenamento jurídico brasileiro estatuindo competências administrativas aos entes federativos referentes à concessão de licenciamentos ambientais.

Ressalte-se também o princípio da *reserva legal* que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Gustavo Gonet Branco (2008,

p. 831), é, tal qual o *postulado da supremacia da lei*¹³, corolário do princípio da legalidade. A relação do princípio em voga com a atuação administrativa do Executivo é simples de notar, a partir da concepção dos mencionados autores de que “o princípio da *reserva legal* exige que qualquer intervenção na esfera individual (restrições ao direito de liberdade ou ao direito de propriedade) seja autorizada por **lei**” (FERREIRA MENDES; MÁRTIRES COELHO; GONET BRANCO, 2008, p. 831).

A proteção do meio ambiente ou, especificamente, o licenciamento ambiental corresponde a ato administrativo que tangencia, afeta os direitos de liberdade e propriedade mencionados pelos autores. Paulo de Bessa Antunes (2011, p. 173) reconhece exatamente o quanto afirmado ao entender que “o Licenciamento Ambiental é atividade diretamente relacionada ao exercício de direitos constitucionalmente assegurados, tais como o direito de propriedade e o direito de livre-iniciativa econômica que deverão ser exercidos com respeito ao meio ambiente”.

Assim, o ato de licenciar ambientalmente deve estar respaldado, legitimado por **lei**, assim como as demais ações de intervenção nos direitos constitucionalmente tutelados de propriedade e liberdade, e não por um ato administrativo de caráter normativo como é a resolução CONAMA nº 237/97. Tudo isso, em nome do princípio da reserva legal que acomete os atos da Administração Pública tanto quanto a legalidade.

Fica evidente, pois, a prescindibilidade da resolução CONAMA em voga, face a possível confluência das competências constitucionais (privativas, concorrentes e comuns) num conflito de competências entre os entes da Federação, bem como ante a necessidade da Administração Pública pautar seus atos na mais estrita legalidade.

3. COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Segundo Antônio Herman V. Benjamin (1999, p.56), compulsando as normas da Constituição Federal de 1988, pode-se destacar duas espécies de competências ambientais, as quais intitula de *competências legislativas* e

13 Os autores explicam a *supremacia da lei* da seguinte forma: “A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria norma legal é inválido”. (FERREIRA MENDES; GONET BRANCO; MÁRTIRES COELHO, 2008, p.831).

competências de implementação. Estas últimas são, em verdade, as materiais-administrativas, decorrentes do exercício do poder de polícia por parte dos entes federativos.

3.1. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Antônio Herman V. Benjamin (1999, p. 56) resume a competência legislativa em matéria ambiental de todos os entes federativos brasileiros afirmando que:

A Constituição é explícita no sentido de que podem legislar, em matéria de proteção do ambiente, a União, os estados e o distrito federal. Esses entes políticos têm competência legislativa *concorrente* sobre ‘florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição’, bem como sobre ‘responsabilidade por dano ao meio ambiente’.

Constitucionalmente, os municípios, por sua vez, receberam autorização para ‘legislar sobre assuntos de interesse local’ e ‘suplementar a legislação federal e a estadual no que couber’. Vale dizer, detém o poder de legislar em matéria ambiental, desde que se trate de matéria de caráter local ou, então, para complementar as normas jurídicas promulgadas pela União e estados. (BENJAMIN, 1999, p.56)

O quanto afirmado pelo Autor é pertinente, uma vez que se traduz nas prescrições normativas do art. 24 da CF/88, precisamente dos incisos VI, VIII. Entretanto, só se refere à competência legislativa concorrente.

Existem ainda as competências legislativas em matéria ambiental privativas. As competências da União atinentes a referida natureza privativa estão elencadas no art. 22 da CF/88 e, conforme detalhamento feito por Toshio Mukai (1998, p. 21-22), correspondem aos seguintes incisos do mencionado dispositivo constitucional: I (no qual o autor destacou as atribuições de legislar sobre direito penal, processual, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial), II (legislar sobre desapropriação), IV (águas e energia¹⁴), XI (trânsito e transporte), XII (jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia), XIV (populações indígenas), XVIII (sistema estatístico,

14 Competências destacadas por Toshio Mukai (1998, p. 22), dentre outras pertencentes ao inciso em questão.

cartográficos e geologia nacionais), XXIV (diretrizes e bases da educação nacional), XXVI (atividades nucleares de qualquer natureza).

Outrossim, lembrou Toshio Mukai (1998, p. 22) de uma competência legislativa privativa da União prevista no art. 225, §6º da CF/88, que diz: “as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”.

Em seqüência, são competências legislativas privativas sobre meio ambiente dos Estados “todas aquelas que não sejam de atribuição enumerada da União (privativas) e do Município (privativas), de acordo com o §1º do art. 25 da CF”(MUKAI, 1998, p. 23).

Por sua vez, compete privativamente aos municípios legislar sobre meio ambiente no que atine ao seu *interesse local* e quando não haja *normas gerais da União*, bem como *suplementares dos Estados*. É o que asseverou Toshio Mukai (1998, p. 24).

3.2. COMPETÊNCIA MATERIAL-ADMINISTRATIVA

Tal competência, na seara ambiental, exterioriza-se por meio do dispositivo do art. 23, mormente pelos incisos III, VI e VII. Isso pode ser afirmado vide posicionamento de Antônio Herman V. Benjamin (1999, p. 56-57), quando diz:

No que tange à competência de implementação, território do poder de polícia, a Constituição atribuiu, de forma comum, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o dever-poder de ‘proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas’ e ‘preservar as florestas, a fauna e a flora’. Ao contrário do que se dá com a competência legislativa, os cidadãos, organizados ou não, dispõem igualmente de competência de implementação. (BENJAMIN, 1999, p. 56-57).

Ou seja, traduz-se a competência material-administrativa ambiental como uma atribuição conferida pela Constituição Federal de 1988, que conclama todos os entes federativos (sem exceção) para a proteção do meio ambiente, de forma integrada e cooperativa.

3.3. CONFLITOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISNAMA

Diante de tantas competências vistas, mormente em matéria ambiental, improvável seria a inexistência de um conflito entre os entes federativos. O quanto afirmado se aplica, sobretudo, porque malgrado a competência administrativa para a proteção do meio ambiente seja comum a todos os entes federativos, conforme a norma constitucional do art. 23, III, VI e VII, da CF/88, o que se pode notar do ordenamento jurídico pátrio e doutrinas brasileiras é a coexistência da norma constitucional com disposições legais (Lei nº6.938/81 e LC nº 140/2011), e até mesmo com imperativos contidos em atos administrativos de caráter normativo, tais quais a resolução CONAMA nº 237/97. Todos, inclusive, com o mesmo objetivo: afixar um critério de definição da competência administrativa para proteção do meio ambiente inerente a cada ente federado.

Observe-se, pois, o tratamento dado pelo constituinte, pelo legislador ordinário, bem como pelo Executivo (na presente pesquisa, frise-se, representado pelo CONAMA), e por grande parte da doutrina brasileira, a fim de delimitar a competência administrativa para proteção do meio ambiente, principalmente para licenciar ambientalmente, a cada ente federativo.

3.3.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL – ART.23, III, VI E VII

Mesmo já tendo sido revelado no bojo do presente trabalho, o conteúdo normativo do art. 23, incisos III, VI e VII da CF/88, cabe novamente abordá-lo, só que despontando o critério de afixação da competência administrativa para proteção do meio ambiente nele contido.

Atente-se, pois, para a redação do dispositivo constitucional em comento (art. 23, *caput* e incisos III, VI e VII, CF/88):

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

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

sítios arqueológicos;

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

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

Segundo o constituinte de 1988, o Poder de Polícia administrativo voltado à proteção do meio ambiente deve ser exercido de maneira comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim, enxergando o critério constitucional em questão dentro do tema da competência para licenciar ambientalmente – uma vez que o licenciamento ambiental, como já discorrido no presente trabalho de pesquisa, é uma das formas de exercício do Poder de Polícia Administrativo – pode-se afirmar que todos os entes federativos são competentes para realizar o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades potencialmente poluidoras ou degradadoras de recursos ambientais, ou mesmo, exigi-lo, através dos atos de fiscalização.

3.3.2. FUNDAMENTO LEGAL – LEI Nº 6.938/81.

Simplemente compulsando o texto da lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), até pode-se dizer que o legislador ordinário criou mais um critério de fixação da competência administrativa para proteção do meio ambiente entre os entes federativos. É que o art. 10 da referida lei federal estatui que *o órgão estadual competente integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e, supletivamente, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA* devem licenciar previamente as atividades ou empreendimentos *considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.*

Acontece que para se obter uma fiel interpretação da lei nº 6.938/81, por ser esta um ato normativo editado na vigência da Constituição Federal de 1969, deve-se atentar para os ideais e intenções do constituinte de 1969.

Francisco Thomaz Van Acker (1997, p.166) chamou atenção para o fato de que na Constituição de 1969 não existia disposições acerca da proteção jurídica do meio ambiente, mas afirmou o autor que “no regime daquela Carta, a competência era concorrente quanto à defesa da saúde pública, o que inclui o controle da poluição, mas era privativa da União no que tange a

proteção dos recursos naturais especialmente da fauna e da flora” (ACKER, 1997, p. 166).

Destaque-se que, no regime constitucional de 1969, a **União, sozinha, era competente para o exercício do Poder de Polícia administrativo para preservação dos recursos naturais**. Importante é o destaque de tal fato para entender, conforme lições de Francisco Thomaz Van Acker (1997, p.167), que o licenciamento ambiental (leia-se, proteção dos recursos naturais) era questão privativa da União, bem como que o legislador da Política Nacional do Meio Ambiente teve de integrar, num único ato normativo (qual seja, a lei nº 6.938/81), questões de competência da União (licenciamento de atividades ou empreendimentos que *pudessem provocar degradação ambiental*) e questões concorrentes à União, aos Estados e Distrito Federal, como o licenciamento das *atividades potencialmente poluidoras* (entenda-se, controle da poluição).

Assim, entende o autor que do art. 10 da lei nº 6.938/81 compreende-se tudo o supra mencionado, na medida em que “abarca, em um só instrumento – a licença – tanto questões então de competência concorrente - a poluição – quanto de competência exclusiva - a degradação de recursos naturais” (ACKER, 1997, p. 167).

Ou seja, segundo Francisco Thomaz Van Acker (1997, p.167), a lei nº 6.938/81, mormente o seu art. 10, trata de um licenciamento ambiental federal, onde “o legislador federal preferiu atribuir esse licenciamento federal aos Estados, reservando-se a competência supletiva, para o caso de omissão estadual, e a competência originária, apenas para as atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional” (ACKER, 1997, p. 167).

Com tudo isso, Francisco Thomaz Van Acker (1997, p.167) quer dizer que a lei nº 6.938/81 não pode ser tida como um critério afixador de competência entre os entes federativos, recaindo em evidente e não menos importante conclusão de que as competências dos entes federados só podem ser ou estarem estabelecidas pela Constituição Federal e não por ato do legislador ordinário. Destarte, de tão relevante esta conclusão, vale transcrevê-la, na íntegra:

De tudo isso se conclui que o art. 10 da Lei 6.938/81 não é, e nunca foi, a norma definidora da competência legislativa ou administrativa dos

três níveis de governo. Essa competência decorre, e sempre decorreu, diretamente da Constituição, não cabendo ao legislador ordinário estabelecer limites ou condições para que qualquer ente federado exerça sua competência constitucional. (ACKER, 1997, p. 167).

Aprofunda o Autor ainda mais a sua conclusão, ao dizer:

O citado artigo instituiu o licenciamento ambiental *federal* e resolveu descentralizar sua outorga, atribuindo-a aos Estados. Daí não se segue que esses mesmos Estados bem como os Municípios não possam estabelecer suas normas e instrumentos próprios. O art. 10 da lei não define nem limita a competência constitucional de Estados e Municípios. (ACKER, 1997, p. 167).

Assim, a lei da política nacional do meio ambiente, sobretudo o seu art. 10, visa apenas, como afirmou Paulo de Bessa Antunes (2011, p. 187), conferir certo grau de organização para a atuação dos entes federativos no cumprimento do dever de proteção do meio ambiente, sendo, na realidade, um norteador, uma visão política e/ou diretiva do problema que se tornou a proteção do meio ambiente, mormente a atividade de licenciar ambientalmente, entre os diversos entes políticos da Federação:

A PNMA, insculpida na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, ainda que elaborada em regime Constitucional diverso, busca dar organicidade ao relacionamento político institucional entre os diferentes entes políticos federados, articulando-os em um regime institucional de colaboração recíproca com a formulação de um modelo institucional capaz de integrá-los com vistas a racionalizar esforços, poupar recursos e aumentar a eficiência da proteção ao meio ambiente, mediante a adoção de ações descentralizadas. (ANTUNES, 2011, p. 187)

3.3.3. FUNDAMENTO DA RESOLUÇÃO CONAMA Nº 237/97.

A resolução CONAMA nº 237/97, mormente os seus artigos 4º, 5º, 6º e 7º, segundo Francisco Thomaz Van Acker (1997, p. 167), “alterou as atribuições conferidas aos Estados pelo art. 10 da Lei 6.938/81”, indo por sua vez de encontro ao disposto no art. 8º da lei da PNMA, o qual

também afirma a competência dos Estados no licenciamento ambiental de *atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidores*, só que mediante supervisão da SEMA¹⁵ - como ressaltado pelo Autor, para reforçar “a natureza federal da licença, pois é supervisionada por órgão federal”(ACKER, 1997, p. 167).

O referido ato administrativo de caráter normativo (resolução nº 237/97) também, conforme lições de Francisco Thomaz Van Acker (1997, p. 168), “pretendeu, indevidamente, substituir-se à futura Lei complementar fixadora das normas de cooperação entre os três níveis de governo nas matérias de competência comum”, considerando o Autor, por tudo isso, a resolução nº 237/97 como ilegal e inconstitucional.

Assim, a resolução ora em destaque traçou novas competências para licenciar ambientalmente – o que representa afronta às próprias competências constitucionais e às atribuições dos Estados no licenciamento federal disciplinado pela lei da PNMA - e estatuiu que o licenciamento ambiental só poderia se dar num *único nível de competência*, vide teor do art. 7º da resolução em comentário – o que se pode considerar uma tentativa de fazer às vezes da lei complementar nº140/2011, prevista no parágrafo único do art. 23 da CF/88, como também, ao prever a possibilidade do licenciamento ambiental por um único ente federativo, vai de encontro ao federalismo cooperativo almejado pelo constituinte de 1988.

3.3.4. A COMPETÊNCIA MATERIAL PARA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A LEI COMPLEMENTAR Nº140/2011.

Do quanto já foi visto, percebe-se que a Constituição Federal de 1988, por meio do seu art. 23, incisos III, VI e VII, estabeleceu que a proteção do meio ambiente se daria por meio da atuação comum de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Estatuiu ainda, no parágrafo único do mencionado dispositivo constitucional, que uma lei complementar regularia a atuação integrada, a cooperação dos entes federados.

15 Secretaria Especial de Meio Ambiente, órgão já extinto, cujas atribuições, hoje, ficam por conta do Ministério do Meio Ambiente - MMA.

Com isso, pode-se afirmar que a eficácia do quanto prescrito pelo art. 23, incisos III, VI e VII da CF/88 foi realizada pelo advento da mencionada lei complementar, LC nº 140, de 8 de dezembro de 2011, estatuída pelo constituinte de 1988 como necessária à *fixação de normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios*¹⁶.

Nesse sentido, vale remontar a Toshio Mukai (1998, p. 19), quando afirma que “quando existir tal lei complementar terá plena eficácia, já que poderá cumprir seu desiderato: o de ser fonte do instrumental jurídico para a efetivação do federalismo cooperativo”.

Entretanto, a existência da lei complementar nº140/2011, que fixa normas para regular a cooperação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda assim não é condição para a atuação de tais entes federativos, sendo que sobre tais pessoas de direito público interno recaem competências legislativas constitucionais, e são estas competências, na eventual lacuna da legislação complementar, que respaldarão a atuação administrativa, lhe conferiram/ dotarão de fundamento de legalidade.

Em que pese a superveniência da LC nº 140/2011 tenha realmente disciplinado/delimitado as competências em matéria de licenciamento ambiental, “assim como as demais competências ambientais, as de licenciamento são motivo de graves conflitos entre os diferentes órgãos administrativos” (ANTUNES, 2011, p. 170). Isso acontece, em virtude da má interpretação feita da referida competência administrativa comum para a proteção ambiental, bem como da, abstração da lei complementar instituída que, hoje, regula essa competência comum e cooperação entre os entes federativos, e tem sido recentemente regulamentada, como se vê do Regulamento nº 8.437, de 22 de abril de 2015.

Tudo isso, faz com que “não raramente, empresas solicitam licenciamento ambiental em mais de um órgão, outras vezes, órgãos de licenciamento ambiental se insurgem contra outros reivindicando a competência para este ou aquele licenciamento”(ANTUNES, 2011, p. 170).

16

Palavras pertencentes ao texto do parágrafo único do art. 23 da CF/88.

3.4. A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERPRETAÇÃO DÁ RESOLUÇÃO CONAMA N° 237/97.

O administrado, se confuso ante a coexistência de vários fundamentos normativos fixadores da competência em matéria de licenciamento ambiental, tem recorrido ao Judiciário, uma vez que, como vulgarmente sabido, o magistrado é imparcial, e tem por função interpretar, da maneira mais justa e compatível com o ordenamento jurídico em vigor, as normas, assim como as que tratam de competência dos órgãos integrantes do SISNAMA para realizar licenciamento ambiental (a exemplo da resolução CONAMA n° 237/97).

E dentro do propósito de exaltar a importância da judicialização dos referidos conflitos, pode-se citar Dirley da Cunha Júnior (2008b, p. 181-182), na medida em que o autor expõe qual o contexto contemporâneo de atuação dos juízes, bem como as exigências hodiernas dos jurisdicionados:

A expansão do papel do juiz é uma exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais, em especial. Essa demanda social, fruto das novas condições sociais e econômicas, tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno da *criação judicial do Direito*, por meio de uma interpretação constitucional criativa e concretizadora, em virtude da qual os juízes e tribunais investem-se da aptidão e legitimidade para inovar a ordem jurídica, constituindo *ex novo* o Direito, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais, ainda que dependentes de legislação concretizadora.

Assim, no tocante aos conflitos de interpretação da resolução CONAMA n° 237/97, bem como os que envolvem outras normas que, tais quais a referida resolução, tentam fixar competências entre os integrantes do SISNAMA, espera-se do Judiciário “uma maior e mais intensa participação para a construção da sociedade do bem-estar, (...) assumindo com a justiça constitucional, novo papel, e com ele, o grande desafio de controlar a constitucionalidade da atuação do poder público” (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 185).

De igual importância é o controle judiciário da constitucionalidade dos atos do Poder Público, que sanariam vícios de constitucionalidade como os apresentados pela resolução nº 237/97 do CONAMA.

Nessa seara, o Poder Judiciário brasileiro tem se manifestado através de decisões muito esclarecedoras, as quais acabam sendo de grande valia e referência para os estudiosos da matéria, uma vez que os conflitos de competências ambientais de licenciamento ainda correspondem a tema ensejador de grandes divergências na doutrina brasileira.

Vale destacar trecho da decisão do, à época, Ministro Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, em sede da Suspensão de Tutela Antecipada STA nº286/BA, proferida em 08/04/2010, que conclama as autoridades do Poder Público pertencentes a todos os níveis da Federação brasileira, mormente as que integram a Administração, a resolver os conflitos relativos ao licenciamento ambiental de forma cooperativa, independentemente da ausência da lei complementar para regulamentar o parágrafo único do art. 23 da CF/88. Tudo isso, com o objetivo de alcançar propósitos maiores como a concretização *do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem como *o fomento do desenvolvimento sustentável*.

Em primeiro lugar, ressalto que a questão do licenciamento ambiental no Brasil está a merecer maior atenção de todos os entes federativos e de seus respectivos Poderes, no sentido de uma melhor definição do quadro se suas atribuições na realização de um efetivo federalismo cooperativo e para que se produzam ganhos objetivos na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O posicionamento do Ministro do Supremo é muito interessante e oportuno, haja vista que tenta alertar a todos que a questão dos conflitos que envolvem competências ambientais de licenciamento, para ser resolvida, não depende só de uma decisão do Judiciário brasileiro apontando qual o ente do SISNAMA adequado a licenciar ambientalmente em cada caso, mas também de uma atuação integrada e cooperativa dos membros da Administração Pública pertencentes as esferas federal, estadual e municipal, pois quanto ao meio ambiente não há falar em soluções tão simplistas, e sim em propósitos coletivos (a exemplo do desenvolvimento sustentável e concretização de um

meio ambiente ecologicamente equilibrado), para os quais é imprescindível uma atuação coletiva.

Por sua vez, acerca da legiferação por parte do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA muito exorbitante das suas atribuições legais, seja quando estabelece licenças que não possuem amparo legal, seja fixando critério definidor de competência administrativa para proteção ambiental, há que se observar a decisão de agravo regimental no bojo do mandado de injunção nº 304/DF, publicada em 13/08/1993, cujo relator foi o Min. Moreira Alves, pois o julgado afirma, expressamente, a *impossibilidade de se regulamentar originariamente texto constitucional por ato administrativo de caráter normativo* (a exemplo da resolução nº 237/97 do CONAMA), *mas sim, por lei, ou ato normativo a esta equivalente*. Transcreve-se a ementa do referido julgado, a fim de ratificar o quanto afirmado:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 135 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **TEXTO CONSTITUCIONAL NÃO SE REGULAMENTA ORIGINARIAMENTE POR ATO ADMINISTRATIVO NORMATIVO, MAS, SIM, POR LEI, OU ATO NORMATIVO A ESTA EQUIVALENTE.** NÃO SE CONFUNDE COM REGULAMENTAÇÃO - QUE SÓ É NECESSÁRIA QUANDO O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL NÃO É AUTO-APLICÁVEL - O ATO NORMATIVO EXPEDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA DISCIPLINAR SUA CONDUTA INTERNA NA APLICAÇÃO DE LEI VIGENTE OU DE TEXTO CONSTITUCIONAL AUTO-APLICÁVEL. E O MANDADO DE INJUNÇÃO SÓ É CABÍVEL QUANDO O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, POR NÃO SER AUTO-APLICÁVEL, DEMANDA REGULAMENTAÇÃO. E CERTO QUE ESSA REGULAMENTAÇÃO PODE NÃO EXHAURIR-SE COM A LEI REGULAMENTADORA, POR EXIGIR ESTE DECRETO QUE, POR SUA VEZ, A REGULANTE, E ATÉ, AS VEZES, POR NECESSITAR O DECRETO REGULAMENTADOR DA LEI, QUE REGULAMENTA O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, DE ATO NORMATIVO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO QUE O TORNE EXEQUÍVEL. NESTA HIPÓTESE, QUE PRESSUPOE SEMPRE A EXISTÊNCIA DE LEI QUE VISA

A APLICABILIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL, O MANDADO DE INJUNÇÃO SERÁ CABIVEL, POR TER SIDO INSUFICIENTE A REGULAMENTAÇÃO FEITA PELA LEI. - O ARTIGO 135 DA CONSTITUIÇÃO ESTABELECEU UM PRINCÍPIO GERAL CONCERNENTE A ADVOCACIA COMO INSTITUIÇÃO - A DE SER O ADVOGADO EM GERAL ÓRGÃO INDISPENSÁVEL A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA, SENDO INVIOLÁVEL POR SEUS ATOS E MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO, NOS LIMITES DA LEI -, MAS NÃO DISCIPLINOU, OBTIVAMENTE, A CARREIRA DOS ASSISTENTES JURÍDICOS DA UNIÃO, PARA TER-SE QUE E LA UMA DAS “CARREIRAS DISCIPLINADAS NESTE TÍTULO”, COMO EXIGE O ARTIGO 135 DA CARTA MAGNA A FIM DE QUE SE APLIQUE A EXTENSÃO NELE DETERMINADA. - NÃO HÁ SEQUER QUE FALAR-SE EM NÃO AUTO-APLICABILIDADE DO ARTIGO 39, PAR. 1., A QUE SE REPORTA O 135, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO, PORQUE A LEI, PREVISTA NAQUELE, JÁ EXISTE (LEI 8.112, DE 12.12.90, ARTIGO 12), E ESTA EM VIGOR POR INDEPENDER, NESSE PARTICULAR, DE REGULAMENTAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Destarte, tomando por base a referida decisão, mesmo a resolução nº 237/97 disciplinando as competências para licenciar ambientalmente de cada ente federativo, bem como determinando que o licenciamento ambiental se dará em um único nível de competência, ela não é instrumento adequado a complementar a CF/88, precisamente o parágrafo único do seu art. 23, em razão da sua natureza de ato administrativo de caráter normativo, incompatível, até mesmo, com a própria exigência do dispositivo constitucional em destaque (parágrafo único do art. 23 da CF/88) – o qual faz clara menção a imprescindibilidade de uma lei complementar para fixar normas de cooperação entre os entes federativos relativas a proteção do meio ambiente, que hoje se consubstancia na LC nº140/2011 .

4. PODER NORMATIVO (LEGISLATIVO) X PODER REGULAMENTAR.

Da edição de resoluções por parte do CONAMA (frise-se, órgão do Executivo), extrai-se grave conflito ante a dicotomia poder normativo (legislativo)

e poder regulamentar. Isso porque as resoluções, enquanto fruto do exercício de poder regulamentar de membro do Executivo, deveriam se prestar tão somente a sua fiel execução e, sob hipótese nenhuma legiferar, inovar a ordem jurídica determinando e legitimando condutas (obrigações) dotadas de generalidade e abstração, só cabíveis mediante processo legislativo.

Pela redação do inciso II do artigo 6º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/81) é possível asseverar que o CONAMA é ente detentor de poder regulamentar, contudo, apenas para instituir normas e padrões consoantes ao princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com 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;(Lei nº 6.938/81, art.6º, inciso II)

Entretanto, conforme assevera Paulo de Bessa Antunes (2005, p.88), toda a problemática que gira em torno das competências normativas do CONAMA reside no simples fato de, até então, não se precisar claramente o que se compreende por “normas e padrões”.

Aliado a isso, ao se traçar um comparativo entre a natureza jurídica do CONAMA (órgão do Poder Executivo de baixa hierarquia na Administração Pública Federal) e a atuação do referido órgão na seara de proteção do meio ambiente, precisamente em termos de licenciamento ambiental, cuja competência é constitucionalmente estabelecida como de todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nota-se despontar, visivelmente, uma impropriedade de atribuições.

Destarte, cada vez mais frações da sociedade, bem como da doutrina e jurisprudência brasileira tem se questionado a respeito das viabilidades normativas das resoluções CONAMA, na medida em que estas advém de órgão do Poder Executivo – o CONAMA, mas têm, constantemente, tratado de matérias inerentes ao Legislativo. Sem contar que tudo isso se agrava

ainda mais quando inserida a problemática no panorama das resoluções CONAMA sobre licenciamento ambiental, notadamente da resolução CONAMA n° 237/97.

Contudo, conforme o ponto de vista de Paulo de Bessa Antunes (2005, p.89), à doutrina jurídica ambiental ainda pode-se atrelar um certo comodismo para se opor às resoluções CONAMA:

Tem havido uma hipertrofia das atribuições do CONAMA, pois diante da inércia legislativa do Congresso Nacional e da Incapacidade da Administração Pública em estabelecer as necessárias prioridades para a matéria ambiental, o CONAMA, não com pouca freqüência, vem editando Resoluções que ultrapassam, em muito, as suas atribuições legais. A doutrina jurídico ambiental tem se revelado excessivamente tolerante com ilegalidades praticadas pelo CONAMA e não tem submetido as resoluções às críticas que se fazem necessárias. (ANTUNES, 2005, p. 89)

Isso porque as resoluções CONAMA, embora feitas ao arrepio da repartição constitucional de competências ambientais e sem nenhum rigor técnico-formal, têm suprido, materialmente, a omissão dos proclamas do processo legislativo. É como se tais resoluções, utilizando-se das palavras de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 53), correspondessem aos “vários artificios que têm sido experimentados para acelerar o processo legislativo”.

Ademais, é sabido que o poder regulamentar é um poder normativo, e sendo assim, impossível colocar ambos indicando um confronto terminológico, uma dicotomia.

Assim, o sentido da expressão “**poder normativo x poder regulamentar**” não pode ser outro senão o do confronto entre o poder normativo legislativo e o poder regulamentar, destacando-se que o primeiro poder refere-se a uma função predominantemente do Legislativo (até podendo ser também função do Executivo, porém, nas hipóteses restritas de medida provisória e lei delegada, como se verá mais adiante), e que o segundo, atine a uma função inerente ao Executivo.

Sucessivamente, remontando a clássica teoria da separação dos poderes – da forma tripartida que, como cediço, foi pensada – pode-se concluir que, posta em relação com o recente contexto de produção de normas no Estado brasileiro, consiste em perfeita introdução para dissertar sobre a dicotomia

existente entre os poderes normativo legislativo e regulamentar como um limite à atuação do CONAMA na edição de resoluções sobre licenciamento ambiental.

4.2. A SEPARAÇÃO DE PODERES E A PRODUÇÃO NORMATIVA NO ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.

Conforme muito bem destacado na doutrina de Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 486), “desde há muito, mais precisamente desde Aristóteles, reconhece-se que a atividade estatal é suscetível, em razão das diferenças que apresenta, de ser dividida num certo número de categorias, agrupando, cada qual, àqueles atos do Estado que apresentam, entre si, traços de uniformidade”.

Contudo, segundo o autor, só a partir de Montesquieu, quando este entendeu que para a separação de funções estatais era imprescindível a separação dos órgãos que compunham a estrutura estatal, é que a teoria da separação de poderes deixa de ser “uma teoria abstrata que se satisfazia com a mera descrição das formas de atuar do Estado” (BASTOS, 2010, p. 489).

Assim, ainda nas lições de Celso Ribeiro Bastos (2010, p.489), é que se pode definir a teoria da separação dos poderes como “técnica posta a serviço da contenção do poder pelo próprio poder”.

Advertiu, porém, Clèmerson Merlin Clève (2000, p.30) que “a separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes”. Para tanto, lembrou o autor de Rousseau: “bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão” (CLÈVE, 2000, p. 30). Tudo isso, para afirmar que a teoria do *Estado com poderes divididos*¹⁷ não implica em divisão de poder político, pois este é indivisível, seja “porque o seu titular é o povo que não o divide”, seja em razão de que “não corresponde a uma coisa que a ela se possa ascender, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado” (CLÈVE, 2000, p.30).

Nesse sentido, a teoria ora objeto de estudo, na sua forma mais clássica, implicava, vide ensinamentos de José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p.573), numa divisão dos atos estatais em três acepções, pelo próprio autor

17

Expressão emprestada de Clèmerson Merlin Clève.

designadas: *distinção material*; *distinção formal*; e *distinção subjetiva*. A primeira repercutia nas classes *norma geral e impessoal*, *decisão concreta e individual*, *decisão judicial (litigiosa)*; já a segunda, em *lei*, *ato normativo e sentença*; e a terceira, em atos *legislativos*, *executivos e judiciários*.

Por sua vez, a tradução de cada classe ficará por conta do condizente trecho da obra de José Horácio Meirelles Teixeira, que ora transcreve-se, com o intuito de preservar não só a fiel intenção do autor com a sobredita classificação, mas também a clareza das expressões utilizadas. Veja-se:

As normas gerais, isto é, todo o ordenamento jurídico, deveriam revestir sempre a forma da lei, emanando sempre dos órgãos legislativos; a aplicação da lei, as decisões concretas, de alcance individual, deveriam revestir sempre a forma de ato administrativo, provindo invariavelmente dos órgãos e autoridades executivos; finalmente as decisões judiciais apresentar-se-iam sempre sob a forma de sentença, e emanariam apenas dos órgãos judiciários (TEIXEIRA, 1991,p.574).

Destarte, observa-se a natureza rígida com que foi pensada a teoria da separação dos poderes, onde cada poder (Legislativo, Executivo, ou Judiciário) detém a mesma função jurídica estatal: ou editar normas jurídicas, ou proporcionar a execução destas, ou dirimir litígios aplicando tais normas.

No entanto, ao tentar contextualizar a teoria em comentário - da forma clássica em que foi idealizada, na qual a distribuição de funções é estanque - com a organização mais hodierna dos poderes, logo desponta a inviabilidade daquela.

Nesse sentido, está o comentário de Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 490-491), pois, segundo ele, tornou-se cada vez mais necessário frear a tendência de independência que foi tomando os poderes - a forma absolutamente separada que se encontravam - em nome da preservação de uma *vontade política central* que, conforme o autor, deve preponderar na organização estatal. Para tanto, afirmou o autor que, aos poucos, foi-se criando uma crescente coordenação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, bem como se permitindo a um determinado poder o desempenho de funções outrora pertencentes a outro, até se chegar ao contexto atual de flexibilidade da repartição das funções estatais, podendo cada órgão exercer todas as funções jurídicas

estatais inerentes aos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo algumas dessas funções de natureza típica e outras atípicas.

Vale dizer, pois, que essa nova realidade da teoria da separação dos poderes tudo tem a ver com a atual produção normativa no Estado brasileiro. Isso porque, com a nova conformação da repartição das funções jurídicas estatais, não há mais porque haver o monopólio normativo de um dos poderes do Estado: o Legislativo. E isso se justifica porque o Estado vem, crescentemente, atuando através de outros instrumentos jurídicos que não a lei.

Nesse afã, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 53) explica que, com o passar do tempo, vieram à tona algumas desvantagens do processo legislativo, tais como a falta de “preparo técnico que não pode ser encontrado num órgão cuja composição não é de especialistas, e sim de mandatários eleitos”, e de celeridade, haja vista que “de uma estrutura colegial, formada por um número nem sempre pequeno de congressistas, não se pode exigir que a tomada de decisão seja tão rápida”. Daí, juntamente às referidas inconveniências do processo legislativo, surge – utilizando-se das expressões do autor – a *descentralização da função legiferante*.

O próprio Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 82) define a referida descentralização da função legiferante como sendo a “possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo”.

Nessa esteira, lembrou o referido autor que o Judiciário exerce função normativa na medida que os tribunais editam os seus próprios regimentos internos (CLÈVE, 2000, p.85). Convalidando com o mencionado exemplo tem-se a própria redação do art. 96, inciso I, alínea a, da CF/88, que diz:

Compete privativamente aos Tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Também, segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p.99), não é novidade que o Executivo participa dessa nova realidade de descentralização legiferante, operando tanto por meio de intervenção numa das fases do próprio processo

legislativo (no sentido de procedimento de elaboração de lei, em sentido restrito), quanto através da edição de atos normativos, dotados ou não de força de lei.

Quanto ao processo de elaboração de lei, o autor além de assegurar a participação do Executivo, assevera que, independentemente do Estado e “pouco importando o regime de governo adotado, o Executivo pode afirmar sua presença seja no ato de provocação da função legiferante do parlamento, seja após manifestação deste órgão, por ocasião da promulgação do ato legislativo” (CLÈVE, 2000, p. 100).

No Estado brasileiro, o Executivo intervém no processo legislativo de ambas as formas. Note-se, com base na Constituição Federal de 1988, precisamente no que consta disciplinado na redação do seu art. 61, §1º, inciso II, alíneas *a a f*, que ao Executivo (Presidente da República) cabe a **iniciativa legislativa** sobre algumas matérias, privativamente.

Pode ainda o Executivo deliberar sobre o destino da produção legislativa brasileira, manifestando-se no processo legislativo mediante **sanção ou veto**. É o que se pode perceber da redação do art. 66, *caput* e parágrafos, bem como do art. 84, IV, da CF/88.

Destaque-se, porém, a redação do último artigo constitucional referenciado (art. 84, IV, CF/88), pois o mesmo também fala da competência para **promulgação** e publicação de lei pelo Executivo, modalidades de ingerência deste poder (Executivo) na elaboração legislativa referidas na última citação transcrita no presente trabalho da obra de Clèmerson Merlin Clève, e que, por questão de coerência textual, merecem ser lembradas.

Nada obstante, pode-se considerar de maior importância para o trabalho de pesquisa em questão a participação do poder Executivo no processo de descentralização da função legiferante editando atos normativos que tenham ou não caráter de lei, notadamente os segundos (os não equiparados à lei). Isso porque essa prática do Executivo mais se aproxima do tema da pesquisa, que trata, frise-se, da atuação do CONAMA (órgão do Executivo) quanto à edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental (atos normativos sem força de lei).

No entanto, somente ao adentrar na posterior subseção do presente capítulo da pesquisa (item 4.3), é que se irá perquirir com mais profundidade

acerca da atividade normativa do Executivo no Brasil, no que diz respeito aos atos que possuem ou não força de lei.

Por hora, é o bastante afirmar que o Executivo, nesse atual contexto de flexibilidade da teoria da separação dos poderes, pode elaborar lei, em sentido restrito, e que, conseqüentemente, correspondem a exemplos dessa produção legislativa do Executivo as leis delegadas do art.68 da CF/88, bem como as medidas provisórias do art. 62 da CF/88, haja vista que ambos consubstanciam-se em atos normativos com força de lei.

Quanto aos atos normativos do Executivo que não possuem força de lei, vale adiantar, vide ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 524), que advém de manifestação do poder regulamentar, faculdade esta que, no Brasil, tem caráter, apenas, de execução e se prestam a desenvolver as leis, a “agregar elementos à norma legal, para tornar suas obrigações de mais fácil aplicação”(BASTOS, 2010, p. 524). Além disso, afirma o autor que os regulamentos brasileiros não podem inovar a ordem jurídica, resumindo-se a aprimorar as obrigações decorrentes de leis já existentes, do que surge a sua característica *secundum legem* (BASTOS, 2010, p.524).

Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 524) só pondera as sobreditas afirmações em dois aspectos: primeiramente, ele ressalta que há doutrina minoritária que defende a existência no Brasil dos regulamentos autônomos ou independentes. Este tipo de regulamento pode ser definido, conforme descrição do próprio autor como:

apresentam a característica de independem de lei que os fundamente. Extraem sua validade diretamente da Constituição e são realizados pelo Executivo para a expressão de sua competência sobre as matérias não reservadas à lei. Inovam a ordem jurídica, pelo que equivalem, de certa forma, a uma lei baixada pela Administração. (BASTOS, 2010, p. 523)

Em seguida, lembra o autor (BASTOS, 2010, p.524) da Emenda Constitucional nº 32/2001, que criou o decreto autônomo, o qual não se presta a regular lei, e sim inovar a ordem jurídica, bem como revogar disposições legais que contrariarem a suas determinações. Acrescenta o autor que a figura do decreto autônomo encontra-se no art. 84, inciso VI da CF/88.

A referida lembrança do autor justifica-se para advertir que existe no Brasil uma figura muito próxima dos regulamentos autônomos - não equivalente, na visão de Celso Ribeiro Bastos, haja vista que, para ele, há uma premissa categórica de inexistência dos regulamentos autônomos no Brasil (BASTOS, 2010, p.524). Assentindo com o mencionado entendimento, está a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 341), segundo a qual “é um equívoco imaginar que o art. 84, VI, da Constituição do País introduziu em nosso Direito os chamados ‘regulamentos independentes’ ou ‘autônomos’ encontrados no Direito Europeu”.

4.3. A ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO NO BRASIL.

No estudo da produção normativa do estado brasileiro contemporâneo aprendeu-se que, em nome do fenômeno da *descentralização legiferante*, o Executivo pode desempenhar funções outrora genuinamente do Legislativo, tais como participar do próprio procedimento de elaboração de leis, e até mesmo produzir atos normativos, uns inclusive com força de lei e outros sem força de lei.

Entretanto, no presente trabalho monográfico, a partir de então, tratar-se-á apenas da atividade normativa do Executivo, uma vez que a participação do dito poder no processo legislativo não se relaciona diretamente com o tema de pesquisa (afinal, lembre-se, pesquisa-se sobre a edição de resoluções por órgão da Administração Pública Federal - CONAMA).

Assim, voltando-se ao tema em espeque, para a produção de atos normativos com força de lei, a doutrina¹⁸ atribuiu a designação de atividade normativa primária. Por sua vez, com relação à edição de atos sem força de lei, deu-se o nome de atividade normativa secundária.

Cumpra, pois, estudar cada uma das referidas “classes” de atividade normativa do Executivo – a primária e a secundária, respectivamente.

4.3.1. O EXECUTIVO E A ATIVIDADE NORMATIVA PRIMÁRIA.

Compreende-se como atividade normativa primária do Executivo, vide lições de Clèmerson Merlin Clève (2000, p.152), a edição de atos legislativos

18

Tomou-se por base a doutrina de Clèmerson Merlin Clève (2000, p.152).

que tenham potencialidade de inaugurar a ordem jurídica, de estatuir obrigações novas. Identifica o autor, a título de exemplo, como produtos dessa atuação normativa primária do Executivo, no Brasil, as medidas provisórias e as leis delegadas.

4.3.2. O EXECUTIVO E A ATIVIDADE NORMATIVA SECUNDÁRIA: OS REGULAMENTOS.

A atividade normativa secundária consubstancia-se, vide ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 152), em “atos praticados com fundamento na lei e insuscetíveis de inovar, originariamente, a ordem jurídica: os regulamentos”.

Da definição supra citada, vê-se que o autor exemplifica como produtos da atividade normativa secundária os regulamentos. O que se pode inferir do quanto asseverado pelo autor é que a atividade normativa secundária do Executivo é decorrência do exercício do Poder Regulamentar da Administração Pública.

Contudo, tomando por base a doutrina de Fernanda Marinela, não há que se confundir poder regulamentar com a figura dos regulamentos. Isso porque a autora define o Poder Regulamentar como um dos poderes administrativos, que, por sua vez, são uma espécie das prerrogativas da Administração Pública (MARINELA, 2011, p. 201).

Nesses termos, também se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 90), que além de colocar o Poder Regulamentar dentre os poderes administrativos, levanta posicionamento - que só tende a reforçar o equívoco que consiste em adotar o poder regulamentar como sinônimo de regulamento - no sentido de que a expressão “poder regulamentar” não esgota toda a competência normativa da Administração Pública, correspondendo à somente uma de suas formas de expressão. Em razão do exposto, defende a autora a utilização da terminologia “poder normativo” (DI PIETRO, 2011, p. 91).

Isto posto, considera-se como poder regulamentar/normativo aquele que é “conferido ao administrador, em regra, chefe do Poder Executivo, para edição de normas complementares à lei, permitindo a sua fiel execução” (MARINELA, 2011, p. 204). São atos normativos - produtos desse poder regulamentar ou normativo do Executivo - os regulamentos, decretos,

instruções normativas, regimentos, resoluções e deliberações (MARINELA, 2011, p. 287).

Pois bem. Tem-se por regulamento o “ato normativo editado, privativamente, pelo Presidente da República, no exercício da função administrativa, por meio de decreto referendado por Ministro de Estado, para disciplinar a aplicação das leis que regem relações jurídicas qualificadas pela presença do Estado-poder” (CLÈVE, 2000, p. 284).

Malgrado fale-se em regulamento vinculando-lhe competência exclusiva do Presidente da República – o que muito acontece por conta da redação do art. 84, IV, da CF/88 – há que se destacar que os ditos atos normativos podem ser editados pelos demais Chefes do Poder Executivo (seja estadual ou municipal) – tomando-se por base a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p.93)¹⁹. Em contrapartida, os demais (instruções normativas, regimentos, resoluções e deliberações) “são editados por autoridade normativa que não o Chefe do Executivo” (DI PIETRO, 2011, p. 94).

A partir da referida característica (competência subjetiva do Chefe do Poder Executivo para expedir o ato normativo) é que se entende que “os regulamentos residem numa posição hierárquica superior aos demais atos normativos do Poder Executivo” (CLÈVE, 2000, p. 284-285).

Ademais, como a doutrina brasileira afirma que é característica dos regulamentos ser “estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais dependente de lei” (DE MELLO, 2011, p. 343), tal como é, aliás, a qualificação de todo ato normativo secundário do Executivo, oriundo do Poder Regulamentar, só se admite, no Brasil, vide ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, sem impedimento da vasta tipologia estrangeira de regulamentos, os “regulamentos executivos”²¹.

Pode-se utilizar como fundamentos aptos a respaldar a exclusividade da referida espécie de regulamento no Direito brasileiro, o conteúdo

19 Ao tratar de regulamento de execução, a autora o caracteriza como “hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo” (DI PIETRO, 2011, p.93).

20 No mesmo sentido está a doutrina de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 294), que defende a inexistir possibilidade de viabilidade normativa para os regulamentos autônomos, no Brasil.

21 Nos termos de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 298), regulamento executivo é o que “instrumentaliza a execução da lei, detalhando e explicitando seus comandos, interpretando seus conceitos e dispendo sobre órgãos e procedimentos necessários para sua aplicação pelo Executivo. Não pode inovar, originariamente, a ordem jurídica”.

normativo do art. 84, IV da CF/88, por meio do qual é o Presidente da República competente para expedir regulamentos somente com o intuito de promover a fiel execução da lei (MARINELA, 2011, p.205), bem como o do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual, “revogou, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pelo Constituinte ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa” (MARINELA, 2011, p. 206).

Entretanto, há quem defenda²² a admissão no Direito brasileiro dos regulamentos autônomos ou independentes, os quais “tem o poder de inovar a ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas em lei, não completando nem desenvolvendo nenhuma lei anterior” (MARINELA, 2011, p. 205).

Tal posicionamento existe em razão do “advento da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2011, a qual deu nova redação ao art. 84, VI da CF/88” (MARINELA, 2011, p. 206), admitindo ao Presidente da república, vide literalidade do referido dispositivo constitucional, “dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

Dando continuidade a pesquisa sobre os atos normativos secundários ou regulamentares do Executivo, volta-se às resoluções.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2011, p.187) resoluções são:

atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. (LOPES MEIRELLES, 2011, p. 187).

Na mesma obra, Hely Lopes Meirelles (2011, p.187) destaca a inferioridade das resoluções se comparada aos regulamentos e regimentos.

22 Nesse sentido, pode-se apontar a doutrina de Maria Sylvia Zanella de Pietro e Hely Lopes Meirelles.

Assim, vide lições do autor, não pode as resoluções inová-los, tampouco contrariá-los, tal qual acontece com relação as leis (atos normativos primários).

Desponta também como característica das resoluções apontada pelo autor a capacidade de produção de efeitos externos e internos, o que se define “conforme o campo de atuação da norma, ou os destinatários da providência concreta” (LOPES MEIRELLES, 2011, p. 187).

Diante das características ora enumeradas sobre as resoluções em geral, como também acerca do poder regulamentar e o seu exercício, note-se a identidade da resolução CONAMA nº 237/97 com as mesmas (frise-se, resolução escolhida dentre as inúmeras resoluções sobre licenciamento ambiental do conselho como representativo da atuação normativa do próprio órgão).

Isso porque o CONAMA é, sem dúvidas, dotado de poder regulamentar, cuja competência para expedir atos normativos foi dada por lei (qual seja, lei nº 6.938/81, que através do seu art. 8º, mormente pelos incisos I, VI e VII, o dito órgão da Administração Pública Federal pode editar normas, padrões e critérios para licenciamento e controle ambiental).

Outrossim, o fato de não ser ato editado por Chefe do Executivo, mas sim por Ministro de Estado (Ministro do Meio Ambiente do governo federal), também conforma a resolução nº 237/97, primeiramente, como ato administrativo normativo decorrente do exercício do poder regulamentar, e, seguidamente, permite a sua classificação como resolução, propriamente dita.

Contudo, não há como fechar os olhos para o conteúdo da resolução nº 237/97 do CONAMA que, conforme tudo o que foi visto na pesquisa até aqui, em alguns pontos, não condiz com matérias inerentes a um ato administrativo normativo, mas, em verdade, a um ato normativo legislativo.

Se está a falar do conteúdo normativo dos arts. 4º, 5º, 6º e 7º da referida resolução, através dos quais o CONAMA delimitou as competências para licenciamento ambiental de cada ente federativo, bem como afixou que o licenciamento ambiental só pode se dar num único nível de competência.

Assim, pode-se dizer que a resolução CONAMA nº 237/97 é ato administrativo normativo oriundo do exercício do Poder Regulamentar do CONAMA (enquanto órgão da Administração Pública Federal), como

também cabe asseverar que o seu conteúdo normativo ultrapassa os limites da complementariedade e garantia da fiel execução das leis.

De outra sorte, não é demais afirmar que a resolução nº. 237/97 do CONAMA, conquanto tenha natureza de ato administrativo regulamentar (expedido pela Administração Pública no exercício do seu Poder Normativo/Regulamentar), ao extrapolar os seus limites de disposição, acaba por malferir de morte a máxima que impera no Regime Jurídico Administrativo brasileiro, qual seja, a de que, à Administração, ao contrário dos particulares em geral, só é dado agir quando “autorizada” por lei.

Nesse sentido, ao se observar o art. 8º da lei da PNMA (especialmente os incisos I, VI e VII), não parece que é intenção do legislador conferir ao CONAMA poder normativo legislativo (ou, à grosso modo, inovar a ordem jurídica, instituir obrigações novas), mas tão somente estabelecer competência para elaboração de normas, padrões e critérios que otimizem o licenciamento e controle ambiental, se atendo às balizas normativas ali impostas.

In casu, a comentada resolução exorbita de sua finalidade, exercendo verdadeira função legiferante, inovando no ordenamento jurídico, consoante foi pontuado acima. Em arremate, não é desarrazoado tomar como uma das premissas do presente trabalho de pesquisa a afirmação da inconstitucionalidade formal-subjetiva da resolução nº. 237/97 do CONAMA, na parte em que ela exorbita de sua mera finalidade regulamentar, eis que tal órgão não foi contemplado na Carta Magna Brasileira como possuidor de iniciativa legislativa, não cabendo a ele, pois, a prerrogativa de inovar o ordenamento jurídico.

Oportuno é, por fim, lembrar Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p.84): “reserva-se ao corpo legislativo, escolhido pelo povo, o poder de traçar as normas que interferem com a liberdade e a propriedade dos indivíduos, negando-se absolutamente ao Executivo qualidade jurídica para estabelecê-las e impô-las em definitivo”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi visto no presente trabalho de pesquisa, que a natureza jurídica do CONAMA é, lembre-se, de órgão do Poder Executivo (Administração Pública Federal) e, que as competências atribuídas por lei ao CONAMA

(estabelecidas pela Lei nº 6.938/1981), precisamente pelo seu art. 8º, com destaque para os incisos I, VI e VII – pelos quais resta estatuído ao CONAMA competência para editar normas, critérios e padrões que otimizem o licenciamento e controle ambiental, conferem ao dito órgão um Poder Regulamentar.

Em seguida, foi exemplificada a atuação do CONAMA na edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental, através de citação de várias das resoluções CONAMA que versam sobre a matéria, notadamente esmiuçando os aspectos gerais da resolução nº 237/97 do referido órgão.

Adentrou-se, outrossim, nos aspectos jurídicos relevantes da mencionada resolução nº 237/97, tais como as competências ambientais, e como se dá essa repartição de competências ambientais na ordem constitucional, considerando todas as competências legislativas e administrativas em matéria ambiental. Nesse sentido, restou admitido que diante de tantas competências vistas, mormente em matéria ambiental, improvável seria a inexistência de um conflito entre os entes federativos.

Consolidou-se entendimento no sentido da existência de variados fundamentos de competência para licenciamento ambiental, instituídos ora pela Constituição (em que se destaca as competências administrativas para proteção do meio ambiente do art. 23 da CF/88); ora pela lei da Política Nacional do Meio Ambiente, haja vista o que dispõe seu art. 10º; ora pela resolução CONAMA nº 237/97, substancialmente através dos seus arts. 4º, 5º, 6º e 7º; ora pela Lei Complementar nº 140/2011, do que se constatou a suposta concretização ou externalização do quanto disposto pelo parágrafo único do art. 23 da CF/88.

No entanto, fatalmente decorreu a conclusão de que o administrado, se vendo confuso ante a coexistência de múltiplos fundamentos normativos fixadores das competências em matéria de licenciamento ambiental, recorre ao Judiciário, uma vez que, como vulgarmente sabido, o magistrado é imparcial, e tem por função interpretar, da maneira mais justa e compatível com o ordenamento jurídico em vigor, as normas, assim como as que tratam de competência dos órgãos integrantes do SISNAMA para realizar licenciamento ambiental.

Tudo isso, e mais um pouco, foi pesquisado no sentido de se evidenciar limites para essa atuação do CONAMA na edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental.

Frise-se, na oportunidade, que esse “mais um pouco” pesquisado refere-se, em suma, às funções estatais normativa legislativa e regulamentar, bem como, à diferença entre as referidas funções, posto que é cada vez mais evidente que a atuação do CONAMA, na prática, tem exorbitado do poder regulamentar.

Isto posto, pode-se extrair como conclusão do presente trabalho que:

São limites da atuação do CONAMA tudo o que, por consectário lógico, limita o exercício do Poder Regulamentar da Administração Pública: o princípio da legalidade e a Constituição da República Federativa Brasileira, esta como fundamento de validade das demais normas e atos normativos a ela subordinadas hierarquicamente.

Eleva-se o princípio da legalidade ao referido *status* de limite da atuação do CONAMA na edição de resoluções em matéria de licenciamento ambiental, na medida em que regulamentos (tais quais as resoluções CONAMA) não podem inovar a ordem jurídica, devendo tão-somente exercer a sua função intrínseca de complementar o sentido das leis que lhes são precursoras.

De sua vez, mais relevância ainda foi atribuída à Constituição Federal de 1988, eis que, como já explicitado, é o fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, bem como de todos os atos administrativos, posto que tal assertiva é corolária da adoção de um ordenamento jurídico escalonado hierarquicamente, no qual a CF/88 encontra-se em seu ápice, conformando e formatando a correspondente pirâmide normativa, da maneira como a desenhou (teoricamente) o seu grande mentor, Hans Kelsen.

Destarte, a Constituição de 1988 tem de ser observada por órgãos da Administração Pública tais como o CONAMA, a fim de que eles somente venham a dispor, através de seus atos normativos, acerca de matérias que realmente lhe sejam cabíveis (ou seja, edição de normas padrões e critérios de forma técnica, e regulamentar das leis), do contrário, recairá em inconstitucionalidade formal-subjetiva (assim como se defendeu, no presente trabalho, para o caso da resolução nº. 237/97 do CONAMA).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKER, Francisco Thomaz Van. **Breves considerações sobre a resolução 237, de 19.12.1997, do CONAMA, que estabelece critérios para o licenciamento ambiental.** Revista de Direito Ambiental, n. 8, Ano 2, out./dez.1997.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente PNMA: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro.** Revista de Direito Ambiental, n.14, Ano 4, Abril/Junho 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil.** Disponível em: < www.scielo.br>. Acesso em: 07 de agosto de 2011

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Vade Mecum Acadêmico de Direito.** Organização Anne Joyce Angher. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei Complementar nº 388/2007.** Disponível em: < www.camara.gov.br >. Acessado em 16/08/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, [199-].

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. **Resoluções do Conama: resoluções vigentes publicadas entre julho de 1984 e novembro de 2008.** 2. ed. Brasília: Conama, 2008. Disponível em: <www.mma.gov.br/conama/>. Acessado em: 10/06/2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008a.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Interpretação constitucional e a criação judicial do Direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais.** In: Revista Baiana de Direito, n. 01, p. 181-200, 2008b.

DA CUNHA, Mariana Santos Vidal. **Licenciamento Ambiental: conflito de fixação de competência entre os órgãos integrantes do SISNAMA**. 2008. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, Salvador.

DAWALIBI, Marcelo. **O poder de polícia em matéria ambiental**. Revista de Direito Ambiental, n.14, Ano 4, Abril/Junho 1999.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Ato Administrativo e Direito dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DE SOUZA, Maria Lucia Cardoso. **Entendendo o Licenciamento Ambiental Passo a Passo: Normas e Procedimentos**. 1.ed. Salvador: Ambiente Sustentável Assessoria & Treinamento Ltda, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIAS, Talden Queiroz. **Aspectos gerais da política nacional do meio ambiente – comentários sobre a Lei nº 6.938/81**. Disponível em: < www.egov.ufsc.br >. Acessado em 03 de julho de 2011.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Competência no Licenciamento Ambiental: município é a regra e não a exceção**. Disponível em: <www.humbert.com.br> . Acessado em: 07/11/2011a.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Parecer nº 1.189 de 2011 - redação final do Projeto de Lei da Câmara nº 1, de 2010**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <reginaavelarucha@gmail.com> em 07/11/2011.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Três novas e relevantes alterações normativas ambientais**. Disponível em: <www.migalhas.com.br> . Acessado em: 07/11/2011b.

JORGE E SILVA NETO, Manoel. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança**. In: Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 110 a 120, out./dez. 2004. Disponível em: <www2.cjf.jus.br>. Acessado em: 30/09/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NOGUEIRA-NETO, Paulo. **O Conama, jovem de 27 anos**. In: CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resoluções do Conama: resoluções vigentes publicadas entre julho de 1984 e novembro de 2008. 2 ed. Brasília: Conama, 2008, p. 11-12. Disponível em: <www.mma.gov.br/conama/>. Acessado em: 10/06/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica**. Rev. Jur., Brasília, v.10, n. 90, Ed. Esp., p.01-25, abr./maio, 2008. Disponível em:<www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/07/2011.

SILVA, Almiro Couto e. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo**. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul: cadernos de Direito Público, v. 27, n.57,p.11-31. 2004. Disponível em: < www.pge.rs.gov.br >. Acessado em: 30/09/2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRINDADE, Gustavo. **Parecer nº 312/CONJUR/MMA/2004**. Disponível em: < www.ibama.gov.br >. Acessado em: 25/09/2011.

VIEIRA TEIXEIRA, Izabella Mônica. **Apresentação**. In: CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resoluções do Conama: resoluções vigentes publicadas entre julho de 1984 e novembro de 2008. 2 ed. Brasília: Conama, 2008, p. 13. Disponível em: <www.mma.gov.br/conama/>. Acessado em: 10/06/2011.