

Assessoria Jurídica da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente FEEMA

Procedimento Administrativo nº E-07/201.818/08

Resolução CONAMA nº 13/90, que torna obrigatório o licenciamento ambiental pelo órgão competente, bem como a autorização do órgão gestor de unidades de conservação, para atividades que estejam localizadas num raio de 10Km de distância destes espaços protegidos e possam afetar a sua biota. Limitações da competência normativa do CONAMA: impossibilidade de promover restrições a direitos fundamentais, criar direitos e impor obrigações que não estejam previstas em lei. Inconstitucionalidade da regra que obriga a atividade a obter autorização do Poder Público (art. 2º, parágrafo único): violação dos princípios da reserva legal, da proporcionalidade, da razoabilidade e da regra que confere aos Estados competência suplementar para legislar sobre direito ambiental. Inconstitucionalidade da obrigação que submete a atividade ao licenciamento ambiental (art. 2º, caput), por ofensa ao princípio da razoabilidade, ou sua revogação pela Resolução CONAMA 237/97. Art. 36, caput e §3º, da Lei 9985/00. Zona de amortecimento, entorno e área circundante são expressões sinônimas para o sistema normativo vigente. Teoria da Revogação da Resolução CONAMA 13/90 pelo art. 36, caput e §3º, da Lei 9985/00, sustentada de forma subsidiária. Quando a compensação for exigida também será a autorização do órgão gestor. Parágrafo 3º, do art. 36, da Lei 9985/00, deve ser interpretado em consonância com o caput. Autorização, que deve ser restrita aos impactos na unidade de conservação, só será exigível quando o empreendimento causar significativo impacto ambiental e afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, conforme análise técnica do órgão ambiental competente para o licenciamento, com fundamento no EIA/RIMA. Fora desta hipótese, nos licenciamentos, os órgãos gestores de unidades de conservação, que possam ser afetadas pelos impactos da atividade nela e no seu entorno, deverão ser somente consultados (arts. 4º, §1º, e 5º, parágrafo único, da Resolução CONAMA 237). A manifestação emitida, contudo, não vincula nem condiciona à expedição da licença ambiental. Pode o órgão competente para o licenciamento acatar ou discordar do teor da manifestação dos órgãos gestores, devendo apresentar expressamente os motivos de sua decisão.

I – Introdução

Consulta-nos o Sr. Presidente quanto à necessidade de esta Fundação observar o disposto na Resolução CONAMA nº 13/90, que estabelece “normas referentes ao entorno das unidades de conservação visando a proteção dos ecossistemas ali existentes”, especialmente depois do advento da Lei 9985/00, que dispôs sobre a mesma matéria.

Antes de passarmos a responder ao questionamento formulado a esta ASJUR, faz-se necessário um breve exame sobre o teor das normas em referência e a consequência prática de sua observância.

A Resolução CONAMA 13/90 estabelece o seguinte:

“Art. 1º - O órgão responsável por cada Unidade de Conservação, juntamente com os órgãos licenciadores e de meio ambiente, definirá as atividades que possam afetar a biota da unidade de conservação.

Art. 2º - Nas áreas circundantes das Unidades de conservação, num raio de 10Km, qualquer atividade que possa afetar a biota, deverá ser obrigatoriamente licenciada pelo órgão ambiental competente.

Parágrafo Único: O licenciamento a que se refere o caput deste artigo só será concedido mediante autorização do órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação.”

Em resumo, a Resolução CONAMA nº 13/90 prescreve que o licenciamento ambiental de qualquer atividade que possa afetar a biota de uma unidade de conservação, dentro de um raio de 10km, (i) será obrigatório e, ainda, (ii) deverá contar com a autorização do órgão responsável pela administração da unidade.

Duas observações merecem, desde já, ser registradas. Em primeiro lugar, que as mencionadas atividades que possam, em tese, afetar a biota deverão ser definidas, conjuntamente, pelo órgão responsável pela unidade de conservação e pela instituição ou órgão licenciador. Parece-nos que tal definição deveria constar de uma norma infralegal, como uma resolução conjunta, por exemplo. Ocorre que, no Estado do Rio de Janeiro, tal norma ainda não existe, o que faz com que, na prática, pelo menos a autorização seja exigida, em diversas situações, para qualquer atividade que esteja num raio de 10 (dez) km de distância de qualquer unidade de conservação.

Em segundo lugar, que a expressão, utilizada mais de uma vez na Resolução sob exame, “possa(m) afetar a biota” expressa a idéia de impacto efetivo ou potencial, o que significa dizer que basta que a atividade possa produzir, em tese, um potencial impacto na biota da unidade de conservação para se exigir o licenciamento e a autorização de seu órgão gestor, esta como condicionante da própria emissão de licença ambiental.

Enfim, a despeito da existência do procedimento de licenciamento ambiental para a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades” poluidoras, típica atividade de controle ambiental, o CONAMA criou, pioneiramente no ordenamento jurídico pátrio, uma nova exigência para o exercício de tais atividades, qual seja a autorização do órgão responsável pela administração de unidades de conservação, quando aquelas distarem até 10km destes espaços especialmente protegidos. Demais disso, impôs a necessidade de licenciamento de todas essas atividades.

O art. 36, caput e §3º, da Lei 9985/00, por sua vez, prevê que: “Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.” (...)

§3º. Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.”

Percebe-se que a Lei do SNUC prevê uma autorização específica, como condição da expedição da licença, quando o empreendimento “afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento” (§3º), mas somente nos casos de empreendimentos que possam, efetivamente¹, causar “significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA” (*caput*).

Consultando os precedentes da Procuradoria-Geral do Estado a respeito da matéria, encontramos o Parecer nº 05/2006 – AMM/PG-6, de lavra da ilustre Procuradora do Estado Dra. Ana Cristina Moreira de Menezes, aprovado pela douta Procuradora-Chefe da Procuradoria de Patrimônio e do Meio Ambiente e pelo Exmo. Procurador-Geral do Estado, exarado nos autos do processo administrativo nº E 07/201.444/2006.

Conclui o r. parecer, em síntese, que, pela ausência de definição das atividades que possam afetar a biota das unidades de conservação, a Resolução CONAMA 13/90 não seria aplicável neste Estado.²

A ilustre parecerista entende ainda que: (i) “a Resolução CONAMA 13/90 não colide com as regras instituídas pela Lei nº 9.985/00” e que (ii) “não contraria a Resolução CONAMA nº 237/97, tendo em vista que dispõem sobre questões distintas”. Portanto, em seu respeitável entendimento, a Resolução CONAMA 13/90 seria válida e estaria em vigor.

Com o devido respeito, em que pese o talento de sua subscritora, não compartilhamos do mesmo entendimento. Consideramos, portanto, que a matéria merece ser reavaliada à luz da teoria dos direitos fundamentais, dos limites constitucionais ao exercício de “poder normativo” pelo CONAMA, dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e reserva legal, do sistema de repartição de competências adotado pela Constituição da República e, finalmente, diante das regras que disciplinam o conflito de normas no tempo.

Nas linhas abaixo, passa-se à análise da constitucionalidade e vigência da Resolução CONAMA nº 13/90 e, em seguida, ao exame do alcance e aplicabilidade do art. 36, *caput* e §3º, da Lei 9985/00.

II – As Autorizações como Forma de Restrição a Direitos Fundamentais

Inicialmente, registre-se que entendemos o termo “autorização” *lato sensu* como gênero do qual a licença e a autorização *stricto sensu* são espécies.³ Essa distinção é válida não só para o direito administrativo como para o direito ambiental.

¹ Note-se que a lei, no *caput* do art. 36, fala de “empreendimentos de significativo impacto ambiental”.

² Ressalte-se que o entendimento de parte dos Procuradores da República do Ministério Público Federal, por exemplo, é no sentido diametralmente oposto: na ausência da definição das atividades que afetem a biota das unidades de conservação, a autorização do órgão gestor seria exigível sim. A FEEMA vem sendo instada, pelo referido órgão, a exigir esta autorização em seus processos de licenciamento.

³ Adotamos aqui a tese de Alexandre Santos de Aragão. Confira-se: ARAGÃO, Alexandre Santos Aragão. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp.218-224. Colhem-se desta obra algumas passagens bastante esclarecedoras a respeito da posição adotada pelo autor, valendo citar a seguinte: “Entendemos, contrariamente, que a licença é uma espécie de autorização *lato sensu*.” (p. 218, nota de rodapé 57).

A autorização em seu sentido amplo é uma atividade típica de poder de polícia estatal. O Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto fala num *poder de polícia ambiental* e, em sua clássica teoria sobre o ciclo do poder de polícia, classifica as licenças e autorizações como consentimentos de polícia.⁴

O referido autor acrescenta: “tenho sustentado tratar-se, o poder de polícia, de uma específica manifestação do poder estatal, que caracteriza um tipo de atividade administrativa em que se executa a limitação e o condicionamento de direitos fundamentais”.⁵

Tratando especificamente do licenciamento ambiental, Antônio Inagê de Assis Oliveira assevera que “constitui-se em uma restrição ao livre aproveitamento da propriedade ou ao livre exercício das atividades econômicas”⁶

As posições jurídicas ora trazidas à colação já levam ao entendimento de que as licenças e autorizações são formas de restrição ao princípio da livre iniciativa⁷ e ao direito de propriedade, ambos direitos fundamentais agasalhados pela Constituição da República.

Convém investigar em que consiste “restringir” direitos fundamentais. Em sua obra sobre “Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais”, Jane Reis Gonçalves Pereira pondera que:

“As restrições de direitos fundamentais são normas que estabelecem privações ou supressões de certas formas de exercício

⁴ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 398-399. Já se tornou clássica a teoria do ciclo de polícia (ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia) proposta por este autor. Vale conferir, a respeito, a página 388 de seu Manual (obra citada).

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Transferências de execução de atividades estatais a entes da sociedade”. In: Mutações do Direito Administrativo, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 132-133

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

⁷ Segundo Alexandre Santos de Aragão: “Há relativo consenso de que as empresas são também titulares de direitos fundamentais, tese que não se deixou contaminar por dogmas maniqueístas segundo os quais os direitos fundamentais seriam concernentes apenas aos indivíduos, sendo “nobres demais” para tutelar interesses econômicos, ainda mais de empresas.

Em primeiro lugar, a constituição encara a liberdade de exercício da atividade econômica privada não como um favor do Estado, mas como um dos próprios fundamentos da República (art. 1º, IV, da constituição) e da Ordem constitucional Econômica (Constituição Federal, art. 170, *caput*), constituindo requisito do desenvolvimento sustentável da Nação, até porque “os Estados que mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa, cabendo ao Estado o papel redistribuidor da renda nacional”. Em segundo lugar, o rol dos direitos fundamentais sempre contemplou direitos de natureza econômica, a exemplo da vetusta “liberdade de indústria e comércio” (verbi gratia, o art. 179, XXIV, da Constituição Imperial Brasileira e os arts. 4º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789) e do direito de propriedade, base de todos os demais direitos de natureza econômica. Como afirma EROS ROBERTO GRAU, isso significa que “a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federal do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso (...). É que livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolário da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Júnior – em uma sociedade livre e pluralista. A livre iniciativa econômica privada é um “autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental. Efetivamente, ele foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encarar como um mero princípio objetivo de organização econômica (...). Deve ter-se presente que o texto constitucional o consagra como um direito à não intromissão do Estado, pois que pode exercer-se livremente”.

O direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma (“sem liberdade, ainda que exista propriedade, não pode existir empresa, mas apenas organização burocrática, estatal ou não), também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana, por ser fruto do livre desenvolvimento da personalidade.” (ARAGÃO, Alexandre Santos Aragão, ob. cit., pp. 199-201)

dos direitos que, *partindo-se de uma interpretação ampliativa*, estariam compreendidas no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram. (...)

No plano hermenêutico, a restrição será toda interpretação e aplicação do direito que conduza a uma exclusão da proteção *jusfundamental*'.

Vê-se, assim, que o conceito de restrição liga-se à dimensão negativa da norma de direito fundamental. O aspecto positivo do direito corresponde a seu 'âmbito de proteção', que há de ser identificado mediante interpretação extensiva. O *âmbito de proteção* compreende a parcela da realidade correlativa aos bens tutelados pelos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, é o conjunto de condutas, estados de coisas e posições jurídicas que, por serem necessárias para tutela dos bens jurídicos inerentes aos direitos fundamentais, não de ser cobertas pelos efeitos da norma jurídica que o consagra."⁸

Como visto, as autorizações *lato sensu* inegavelmente são restrições aos direitos fundamentais da livre iniciativa e de propriedade, na medida em que geram limitações ao exercício desses direitos, condicionando atividades e obras ao consentimento prévio do Estado. Trata-se, no dizer da autora citada, de "privações ou supressões de certas formas de exercício dos direitos" fundamentais.

III – Do Poder Normativo Atribuído ao Conama e o seus Limites

A Lei 6.938, de 31/08/81⁹, ao estruturar o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), define em seu art. 6º, inciso II, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA como órgão consultivo e deliberativo em âmbito federal.

Como órgão consultivo, expõe o citado dispositivo legal, possui o CONAMA a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais. Já como órgão deliberativo, é atribuição do CONAMA deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Em seguida, quanto à competência deliberativa do CONAMA, dispõe o artigo 8º¹⁰ da referida lei:

“Art. 8º Compete ao CONAMA:

I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;

(...)

VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e

⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 194-195.

⁹ Alterada pela Lei 8.028, de 12/04/90, e regulamentada pelo Decreto 99.274, de 06/06/1990.

¹⁰ Regulamentado pelo art. 7º do Decreto 99.274/90.

embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes; VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.”

Com a promulgação da Constituição de 1988, o artigo 25, incisos I e II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que: “ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie”.

A partir desta determinação constitucional, gerou-se grande controvérsia quanto à revogação ou não do artigo 8º da Lei 6.938/81, que teria atribuído “ação normativa” ao CONAMA. Alguns doutrinadores¹¹ passaram a entender que o citado dispositivo constitucional revogou o artigo 8º da Lei 6.938/81. Nesse sentido, afirma Maria Luiza Werneck: “Ademais – e esse é o argumento que vem pôr a pá de cal em toda essa questão –, a Carta de 1988 revogou expressamente todas as normas delegadoras de competência normativa, a teor do disposto no art. 25 do ADCT (...)”.¹²

Entretanto, não obstante tais vozes expressivas, o argumento está hoje superado, tanto pela doutrina majoritária, como pela jurisprudência, que consideram vigente o artigo 8º da citada Lei, possuindo o CONAMA competência deliberativa, nos termos da legislação que o originou. Esse é o ensinamento de Paulo Affonso Leme Machado:

“A competência do CONAMA não foi atingida pelo disposto no art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias. (...)”

É necessário verificar as competências assinaladas pela Constituição ao Congresso Nacional e as competências do CONAMA previstas no art. 8º da Lei 6.938, de 31.8.1981, pois somente foram abrangidos os órgãos do Poder Executivo que estivessem exercendo funções que a Constituição reservou para o Congresso Nacional.

As atribuições do Congresso Nacional estão inseridas no Tít. IV, Cap. I – Do Poder Legislativo, Seção II, arts. 48 e 49. Constata-se que nenhuma das atribuições do Congresso Nacional são exercidas pelo CONAMA. Aliás, a matéria que tem uma clara conotação ambiental – ‘iniciativas do Poder Executivo referente a atividades nucleares’ (art. 49, XIV, da CF) – é atribuição do CNEN – Conselho Nacional de Energia Nuclear. Portanto, inobstante meu grande apreço ao Prof. Toshio Mukai, que pensa diferente, entendo que o art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias não revogou as resoluções do CONAMA”.¹³

¹¹ Veja-se, por todos: MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 94.

¹² SANTOS, Maria Luiza Werneck dos. “Considerações sobre os limites da competência normativa do CONAMA”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, nº 799, pp. 77-87, maio 2002.

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 13ª ed., 2005, p. 156.

No mesmo sentido, afirma Guilherme Purvin:

“O art. 8º da Lei n. 6.938/81 em nenhum momento *atribui ou delega* competência ao CONAMA para qualquer tipo de ação normativa. Se assim o fizesse, esta atribuição ou delegação estaria hoje revogada pelo art. 25, inc. I, do ADCT. Não é, porém, o que ocorre. As resoluções do CONAMA visam a concretizar a aplicação do Direito Ambiental, cujo ápice é a Constituição Federal – art. 225 e seus incisos e parágrafos.”¹⁴

Entretanto, apesar de possuir o CONAMA esse “poder deliberativo”, existem parâmetros e limites constitucionais e legais que devem ser observados.

O Superior Tribunal de Justiça, corroborando o entendimento quanto à vigência do artigo 8º da Lei 6.938/81, já decidiu que possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções. Entretanto, quanto à natureza jurídica dessas resoluções, afirmou o STJ que “consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas às normas estaduais e municipais, nos termos do artigo 24, inciso VI e §§ 1º e 4º, da Constituição Federal¹⁵ e do artigo 6º, incisos IV e V, e §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.938/81”^{16 17}

É a mesma linha de raciocínio de Paulo Affonso que, muito embora prestigie a vigência do artigo 8º da Lei 6.938/81, entende que a atribuição conferida àquele Conselho não afasta a competência legislativa suplementar dos Estados:

“Temos que fazer reparo à constitucionalidade do art. 8º, VI da Lei 6.931/81, quando dá atribuição ao CONAMA de ‘estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes’. O CONAMA não tem a atribuição dessas normas e padrões de forma privativa. O CONAMA, pelo art. 24, § 1º, da CF, tem competência para

¹⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental. Curitiba: Arte & Letras, 2ª Ed., 2008, p. 101.

¹⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; (...) § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. (...) § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

¹⁶ “Art. 6º - Os 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, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado: (...) IV - órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; (...) § 1º Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaboram normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA. § 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.”

¹⁷ REsp 194.617/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.04.2002, DJ 01.07.2002, p. 278.

estabelecer normas e padrões gerais, que, entretanto, poderão ser suplementados pelos Estados, conforme o art. 24, § 2º¹⁸, da mesma CF.”¹⁹

Deve-se enfrentar, entretanto, o alcance que as Resoluções emitidas pelo CONAMA são capazes de atingir, pois apesar de possuírem força de norma geral, não podem dispor sobre matérias reservadas à lei. Em suma, não pode o CONAMA legislar.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que regulamentos não podem criar obrigações nem restringir direitos, notadamente os fundamentais, em razão da incidência do princípio da reserva legal:

“(…) A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua “contra legem” ou “praeter legem”, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)”. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-Agr/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecimento de situação configuradora do “periculum in mora”. Medida cautelar deferida.”²⁰

Quanto à competência normativa do CONAMA, Guilherme Purvin, citando José Carlos Silva de Moraes, afirma que “as competências atribuídas pelos incisos VI e VII, do art. 8º da Lei n. 6.938/81, ‘devem se adaptar à nova ordem constitucional, ou seja, nunca, em hipótese alguma, poderão inovar de forma originária, cabendo ao Conama, a regulamentação de algo já instituído pela legislação, onde não for aplicável, necessariamente, o princípio da reserva legal”. Sempre nesse mesmo diapasão, prossegue o referido autor:

‘O Conama não pode criar nada que já não tenha ao menos uma genérica previsão em dispositivo de lei (limites máximos e mínimos). Pode interpretar os dizeres da lei, em fatores físicos, químicos e geográficos, com a realidade factual, sempre vinculado à proteção

¹⁸ Art. 24 – (...) § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

¹⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, cit., p. 155.

²⁰ ACO - QO/RS - STF/ Tribunal Pleno - Rel. Min. Celso de Mello - j. em 30/08/07 - DJ 31-10-2007, p. 77.

do bem jurídico que, em última análise, assim o é também por instituição legal, nunca por normativo administrativo’.

‘As normas, critérios e padrões não são quanto ao meio ambiente, mas sobre o procedimento de controle e manutenção de qualidade do meio ambiente, no uso racional dos recursos, o que identifica a destinação da regra: o poder de polícia, ou seja, de fiscalizar preventiva ou repressivamente bem jurídico já instituído.’

‘Desdobrando: a competência do Conama não pode inovar originariamente, no campo das proibições do direito de uso da propriedade e/ou atividade; é-lhe permitido assumir matriz legal e decompor aos casos específicos, interpretando e indicando os métodos e soluções científicas para se atender ou alcançar as exigências estipuladas no sistema jurídico nacional, em sua parcela de direito objetivo que trata do meio ambiente’ (...)

O que realmente importa considerar é que as resoluções do CONAMA destinam-se a efetivar a legislação vigente, não constituindo esta atividade uma forma de ação normativa usurpadora de competência assinalada ao Congresso Nacional. As situações disciplinadas pelo Direito Ambiental são multifacetárias e extremamente complexas, exigindo regulamentação técnica com nível de minúcias tal que não se pode pretender exigir da legislação ordinária’.²¹

É, portanto, no sentido de se deliberar tecnicamente, a fim de regulamentar a legislação ambiental já vigente, que se deve entender o limite de atuação do CONAMA. Adotamos, no particular, o entendimento de Maria Luiza Werneck:

“Assim, observe-se que a delegação de uma suposta *competência normativa* ao Conama – órgão administrativo integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama – foi para *estabelecer normas, critérios e padrões* para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, para o controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações e, ainda, para o controle da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais.

A interpretação que se há de conferir aos termos *normas, critérios e padrões* exige uma visão geral e sistêmica de como eles vêm sendo empregados nas normas vinculadas a essa competência do Conama. (...)

Essa competência delegada ao Conama consubstancia, assim, atribuição de natureza técnica, de fixação de índices e parâmetros técnicos, a serem propostos por especialistas, peritos na matéria, pois, de fato, minúcias de caráter técnico não são próprias dos textos legislativos. (...)

Conclui-se, portanto – não é demais repetir – que a competência que a Lei 6.938/81 delegou ao Conama não consubstancia, a toda evidência, uma *competência normativa* destinada a inovar na

²¹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental, cit., pp. 99-101.

²² SANTOS, Maria Luiza Werneck dos, ob. cit., pp. 77-87.

ordem jurídica, seja impondo obrigações, seja instituindo direitos ou estipulando sanções”²²

Dessa forma, o CONAMA possui competência deliberativa, nos termos do artigo 8º da Lei 6.938/81, para estabelecer normas, critérios e padrões técnico-ambientais no sentido de dar concretude às leis ambientais já existentes, não tendo o condão de dispor a respeito de matérias que estão sujeitas à lei.

Pensar o contrário – interpretando-se que o CONAMA detém competência legislativa – é a mesma coisa que dizer que o art. 8º da Lei 6.938/81 teria sido revogado pelo art. 25 do ADCT e, assim, não restaria nenhuma competência normativa ao CONAMA, o que não nos parece ser o melhor entendimento acerca da matéria.

Por fim, convém destacar que o CONAMA nem sempre tem observado as limitações ao seu poder deliberativo, como assinala Paulo de Bessa Antunes:

“(…) o Conselho Nacional do Meio Ambiente, por várias vezes, tem avançado sobre a competência dos Estados e, inclusive, tem extrapolado do que seria, em tese, a sua atribuição legal, chegando a ‘legislar’. Como foi o caso da delimitação de áreas de preservação permanente ao redor de reservatórios artificiais, equivalente a 100 (cem) metros na área rural e 30 (trinta) metros na área urbana, por Resolução do CONAMA. É indiscutível que a Resolução CONAMA nº 302/2002 inovou, pois estabeleceu metragem não prevista em lei. Como tem sido sustentado ao longo de todo este trabalho, não cabe ao Poder Regulamentar inovar matéria reservada à lei, em especial quando a inovação é produzida por ato administrativo de hierarquia inferior, como é o caso das Resoluções CONAMA.”²³

Com todo o respeito, tal postura, indubitavelmente, gera insegurança jurídica, pois, em que pese a possibilidade de se aferir a constitucionalidade das resoluções que extrapolem as atribuições do CONAMA, também pela via administrativa²⁴, por outro lado, existe o princípio da presunção da legalidade das leis e dos atos do poder público que não pode ser ignorado. Enfim, resta prejudicado o particular que não sabe se deve ou não cumprir resoluções inválidas.

IV - Da Inconstitucionalidade da Resolução Conama 13/90: A Autorização do Órgão Gestor da Unidade de Conservação²⁵

Como restará demonstrado adiante, a Resolução CONAMA 13/90, ao introduzir uma nova autorização como condicionante da emissão da própria licença ambiental e

²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Federalismo e competências ambientais no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 322-323.

²⁴ Neste sentido, confira-se o seguinte Enunciado da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro: “Enunciado n.º 03 – PGE: A Lei após ser reputada inconstitucional pela Procuradoria Geral do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista. (ref. Pareceres nos 01/94-RFSOS, da Procuradora Rosa Filomena Schmitt de Oliveira e Silva, 12/95-RB, do Procurador Alexandre Santos Aragão) - Publicado: DO 14/02/1996, Pág. 05.”. Por óbvio, o mesmo raciocínio aplica-se aos regulamentos.

²⁵ Registre-se que Supremo Tribunal Federal tem admitido o controle de constitucionalidade abstrato de “ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de lei ordinária em sentido material e, como tal, goze de autonomia nomológica” (ADI-MC 3731/PI – STF/ Tribunal Pleno – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 29/08/07 – DJ 11/10/07, p. 38).

do exercício de atividades econômicas e do direito de propriedade, viola, a um só tempo, os princípios da reserva legal e da razoabilidade, bem como a regra que estabelece a repartição das competências legislativas entre os entes federados, especificamente a que confere competência suplementar aos Estados-membros.

A) Ofensa ao Princípio da Reserva Legal

A Resolução CONAMA 13/90, ao inovar na ordem jurídica criando uma nova autorização como condicionante da própria emissão da licença ambiental, é inconstitucional, pois viola diretamente a Constituição da República, no caso, o princípio da reserva de lei (art. 5º, inciso II, CRFB).

Muito embora a doutrina moderna endosse o entendimento no sentido da possibilidade da edição de regulamentos autônomos²⁶, com fundamento de validade diretamente na própria Constituição, a edição de tais regulamentos jamais terá o condão de restringir direitos fundamentais, tais como o princípio da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, CRFB) e o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, CRFB), cuja restrição é sujeita à *reserva de lei*.

Como afirma Luis Roberto Barroso, se reconhece “a possibilidade de se restringir o exercício de direitos fundamentais, em primeiro lugar ao legislador e também ao juiz, quando este último esteja diante de conflitos normativos insuperáveis.”²⁷

Quanto à necessidade de reserva de lei para a restrição de direitos fundamentais, Gustavo Binbenojm esclarece que: “haverá reserva absoluta de lei quando a Constituição exigir que toda a matéria relativa a determinada questão, notadamente no que se refira a restrição a direitos fundamentais, deva estar contida na lei, não existindo a possibilidade de transpasse, ainda que parcial, desta competência normativa reservada ao Poder Legislativo a órgãos da Administração” (grifou-se).^{28 29}

²⁶ Neste sentido, é a doutrina de Gustavo Binbenojm: “Regulamentos autônomos são aqueles que prescindem da lei como fundamento de sua existência, tendo na própria Constituição, de forma explícita ou implícita, o fulcro imediato de competência para sua emanção. (...) Note-se que a existência do art. 84, VI, “a”, no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que menciona, não inibe o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a reservas de lei (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar. Em nomenclatura proposta por André Rodrigues Cyrino, na obra já mencionada, seriam esses os chamados regulamentos independentes. O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas, cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim. Também nessas hipóteses, tal como na do art. 84, VI, “a”, vale a preferência da lei: isto é, sobrevindo lei dispendo em sentido diverso do regulamento, aquela prevalecerá sobre este.” (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006ob. cit., pp. 160-171)

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. “Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos”. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 235-278.

²⁸ BINENBOJM, Gustavo, ob. cit., p. 150.

²⁹ Ainda sobre a restrição de direitos fundamentais, há também a teoria dos limites imanentes, pela qual “a doutrina afasta a ocorrência de uma real colisão entre direitos, situando a discussão no próprio conceito do direito fundamental invocado” (GONET BRANCO, Paulo Gustavo. “Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais”. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.), *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª Ed. 2ª Tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 103-194.

No mesmo sentido, doutrina Jane Reis:

“Hoje, é genericamente aceita a noção de que os direitos fundamentais só podem ser restringidos em caráter geral por meio de lei em sentido formal. Isso ocorre tanto em matéria de restrições expressamente autorizadas pela Constituição como quando se trata de restrições implicitamente autorizadas. É que, se a Constituição exige a forma da lei ao permitir expressamente uma restrição, não haveria sentido algum em afastar essa exigência nas hipóteses em que as restrições aos direitos não decorrem de autorização constitucional explícita. Em ambos os casos, o princípio jurídico aplicável é o da “reserva de lei restritiva” (...) No sistema constitucional brasileiro, como se sabe, não há um conjunto de preceitos regulando especificamente a questão das limitações aos direitos fundamentais. Não obstante, o art. 5º, II, da Constituição Federal estampa, de forma genérica, o princípio de legalidade na sua dimensão da reserva da lei. Além disso, é possível extrair a exigência de lei em matéria formal em matéria de direitos fundamentais dos dispositivos constitucionais que regulam a participação do Executivo na atividade legislativa. De um lado, o art. 62, II, a, veda a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a nacionalidade, cidadania e direitos políticos. De outro, o art. 68, §1º, II, proíbe a delegação legislativa formal no que diz respeito a nacionalidade, cidadania, direitos políticos e eleitorais”. Além disso, a reserva da lei é uma consequência lógica da circunstância de a Constituição exigir, em relação aos direitos expressamente sujeitos a reserva legal, a forma legislativa. Como já se destacou, se tal exigência é aplicável nas hipóteses em que a Constituição autoriza expressamente a edição de lei restritiva, seria ilógico entendê-la dispensável quanto às restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

A reserva de lei formal em matéria de direitos fundamentais significa a impossibilidade de a Administração Pública adotar medidas restritivas de direitos sem fundamento legal ou constitucional. Assim, a ‘intervenção administrativa no campo dos direitos tem que ser uma atuação de uma vontade (anterior) da lei, que constitui [...] um ‘prius noamativo’ em relação a ela’. Isso não quer dizer, contudo, que a Administração não possa atuar de modo a aplicar diretamente os preceitos constitucionais que veiculam direitos. Além disso, é certo que a reserva de lei parlamentar circunscreve o poder do Executivo de restringir ou limitar os direitos fundamentais, mas este poderá, independentemente da existência de lei, atuar no sentido de promovê-los e tutelá-los. (...)

Ademais, o legislador não pode transferir à Administração o poder de determinar, de forma discricionária, os limites dos direitos. Com efeito, a noção de reserva legal quanto às restrições de direitos fundamentais tem duas consequências relevantes: i) a impossibilidade de se estabelecerem delegações normativas nessa

seara; e ii) a impossibilidade de a lei conferir ao Administrador o poder de decidir, discricionariamente, acerca das restrições concretas a direitos.³⁰ (grifamos)

Além da doutrina, lembre-se do já citado precedente do Supremo Tribunal Federal, entendendo pela impossibilidade de regulamentos promoverem restrições a direitos fundamentais: "(...) A reserva de lei em sentido formal qualifica-se como instrumento constitucional de preservação da integridade de direitos e garantias fundamentais. (...) Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. (...)".³¹

Como visto, fere o princípio da reserva de lei que uma resolução promova restrições a um direito fundamental. No caso da restrição promovida pela resolução em foco, são atingidos o direito de propriedade e o princípio da livre iniciativa, tendo em vista que a previsão de uma nova autorização – muitas vezes, por outro ente da federação – restringe tais direitos, criando um novo embaraço ao procedimento de licenciamento ambiental.

Analisando hipótese análoga – de uma resolução do CONAMA que restringe direitos, independentemente de previsão legal –, Paulo Affonso Leme Machado já se manifestou no sentido de que alguns dispositivos das Resoluções CONAMA 302/02 e 303/02 não têm força obrigatória, sob o argumento de que o CONAMA não tem função legislativa:

"O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, em 2002, elaborou duas resoluções referentes a APPS: a Res. 302, de 20.3.2002, disciplinando a APP de reservatórios artificiais, e a Res. 303, de 20.3.2002, sobre "parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente".

Na Res. 302/2002 foi estatuída área marginal ao redor do reservatório artificial, com diversas medidas (art. 3º); assim como na Res. 303/2002 foram estabelecidos os entornos dos lagos e lagoas naturais, veredas e de alguns outros elementos geomorfológicos sendo que no Código Florestal não consta a indicação dessas medidas. O CONAMA agiu de boa-fé, mas nestas partes em que foram ultrapassados os limites indicados em lei as resoluções não têm força obrigatória. (...)

O CONAMA tem função social e ambiental indispensável. Mas esse Conselho não tem função legislativa, e nenhuma lei poderia conceder-lhe essa função" (sem grifos no original)³²

E não se diga que o disposto no art. 27, do Decreto federal nº 99.274/90, legitimaria a atuação do CONAMA nesta hipótese, eis que se nem a Lei 6938/81 poderia conferir tal poder normativo a este órgão, muito menos um decreto poderia fazê-lo, em razão da incidência do princípio da reserva legal à hipótese.

Assim sendo, apenas a lei poderia restringir direitos fundamentais, tais como o princípio da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, CRFB) e o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, CRFB), motivo pelo qual a Resolução CONAMA 13/90 é inconstitucional, por violação ao princípio da reserva legal.

³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, ob. cit., pp 302-306.

³¹ ACO – QO/RS – STF/ Tribunal Pleno – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 30/08/07 - DJ 31-10-2007, p. 77.

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme, ob. cit., pp. 708-709.

B) Violação da Regra que Estabelece a Competência Legislativa Suplementar dos Estados: Art. 24, § 2º, a CRFB

A resolução CONAMA ora atacada viola também a regra constitucional que atribui aos Estados competência suplementar para legislar sobre direito ambiental, vez que invade campo reservado à atuação estadual na suplementação das normas gerais federais. É dizer: a norma geral federal – Resolução CONAMA 13/90³³ –, além de não poder restringir direitos fundamentais, não poderia regular a matéria entrando em minúcias e especificidades, incompatíveis com a sua missão constitucional de traçar diretrizes de dimensão nacional.

Como se sabe, no âmbito da competência legislativa concorrente, à União cabe a edição de normas gerais (art. 24, § 1º, da Carta Magna); aos Estados cabe a edição de normas suplementares às da União (art. 24, § 2º). O § 3º do artigo 24 da CRFB, por sua vez, estabelece que "inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades", e o seu § 4º, que a "superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".

Assim sendo, por força da Constituição da República (art. 24, inciso VI), à União compete estabelecer normas gerais sobre "florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição".³⁴ Simplificando: compete à União estabelecer normas gerais de direito ambiental.

Importante consignar que esta competência concorrente é limitada, na medida em que a União não pode editar normas esgotando a matéria que está sendo disciplinada. Deve limitar-se a veicular normas gerais. O problema que se apresenta, no entanto, é que não existe um conceito unívoco do que sejam normas gerais, gerando perplexidade na interpretação e aplicação das referidas normas.

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, reportando-se aos ensinamentos de Raul Machado Horta, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Carlos Ari Sundfeld, em estudo sobre competência legislativa concorrente e possibilidades de atuação do legislativo estadual, bem sintetiza a problemática e o conceito de normas gerais:

"Tormentosa é a questão da definição de normas gerais. É o mesmo Raul Machado Horta que define a lei de normas gerais como 'uma lei quadro, uma moldura legislativa', que será introduzida nos ordenamentos dos Estados pela lei estadual suplementar 'mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a afeiçoá-la às peculiaridades locais.'

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em logo estudo sobre competência concorrente limitada, faz um excelente tabulação acerca das características mais comuns apontadas pelos diversos autores na conceituação de normas gerais. (embora o próprio autor não concorde com todas as características listadas), apontando-se como portadoras das seguintes características:

a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais;

³³ Se é que um regulamento pode ter natureza de norma geral, já que o artigo 24 da Constituição da República versa sobre a competência legislativa (lei em sentido formal). Não se pretende, aqui, enfrentar esta discussão.

³⁴ Confirmam-se, ainda, os incisos VII e VIII, do mesmo art. 24.

- b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado;
- c) devem ser regras nacionais, uniformizados aplicáveis a todas os entes públicos;
- d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas;
- e) só acabem quando preencham lacunas constituídas ou disponham sobre áreas de conflito;
- f) devem referir-se a questões fundamentais;
- g) são limitados, no seguinte de não poderem violar a autonomia dos estados
- h) não são normas de aplicação direta.

Apresenta ainda o citado publicista o seu próprio conceito de normas gerais:

‘(...) tal como deflui do texto constitucional de 1988 e á luz dos subsídios doutrinários apresentados.

Normas gerais são preceitos principiológicos que cabe à União editar na uso de sua competência concorrente limitada, restritos enquanto princípios, ao estabelecimento de diretrizes nacionais a serem pormenorizadas pelo estado-membro, embora possam, enquanto preceitos, conter suficiente pormenorização para serem aplicadas direta e imediatamente às situações concretas que devem reger.’

Note-se que no âmbito da competência legislativa concorrente, a união até pode, e por vezes será obrigada, a descer a pormenores, só que estas normas – *estes pormenores*- só serão de observância obrigatória para a União e as entidades que lhe são ligadas (autarquias, fundações e empresas estatais, se for o caso.)

É o que ensina Carlos Ari Sunfeld fornecendo um exemplo relativo à atribuição de legislar sobre orçamento (art.24, II):

‘A União faz as normas gerais, que servirão de base para a elaboração das regras suplementares estaduais. O conjunto formado pelas normas gerais e suplementares conterà a regulamentação completa da matéria, cuja aplicação será feita na elaboração do orçamento do respectivo Estado e de seus Municípios. O orçamento federal, contudo, não pode ser produzido apenas com base em normas gerais,(...) Portanto a União é obrigada, como condição para o desempenho de sua atividade, a produzir também exclusivamente para si, normas suplementares sobre orçamento.

(...) assim (...) a União edita tanto normas gerais como normas suplementares. Porém, só as normas gerais são nacionais - vinculando o Poder Público Federal, estadual e municipal (...).’³⁵ (grifou-se)

Na obra coletiva “Direito Constitucional Ambiental Brasileiro”, organizada pelos professores José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite, Helene Sivini Ferreira assinala que:

³⁵ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. “Competência legislativa concorrente: possibilidades de atuação do legislativo estadual”. In: Revista de Direito da Defensoria Pública, ano 12, nº 16, 2000, pp. 208-210.

“As normas gerais devem estabelecer princípios fundamentais, dotados de generalidade e abstração, que não se imiscuem no campo de atuação dos Estados e do Distrito Federal. Não podem especificar situações que, por sua natureza, acabem por invadir a esfera legislativa dos demais entes federativos. Isso porque as normas gerais estão contidas pela finalidade de coordenação e uniformização. Transpostos esses limites, devem ser consideradas inconstitucionais. Acrescenta, ainda, Figueiredo que ‘(...) a norma geral, se corretamente dentro de seu campo de abrangência, ao contrário do que se pode dizer em matéria de invasão das competências federativas, é, sobretudo, fator de segurança e certeza jurídicas (...)’ “³⁶

Como visto, normas gerais são preceitos principiológicos destinados “ao estabelecimento de diretrizes nacionais a serem pormenorizadas pelos Estados-membros” (Diogo de Figueiredo³⁷) ou, ainda, “uma lei quadro, uma moldura legislativa”, que será suplementada pelos Estados “mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a afeiçoá-la às peculiaridades locais” (Raul Machado Horta). Não podem se imiscuir “no campo de atuação dos Estados” e estão “contidas pela finalidade de coordenação e uniformização. Transpostos esses limites, devem ser consideradas inconstitucionais” (Helene Ferreira).

Se a norma geral federal descer a minúcias, detalhes, especificidades ela será inconstitucional, eis que estará invadindo a competência legislativa suplementar dos Estados de preencher os vazios que a norma geral deve deixar, de modo a atender às peculiaridades estaduais.

É isso é exatamente o que ocorre na hipótese em exame: ao prever a necessidade de autorização para as atividades sujeitas ao licenciamento ambiental que estejam num raio de 10Km de distância de qualquer unidade de conservação e que possam, em tese, afetar a biota do referido espaço protegido, sem observar as peculiaridades da atividade e da própria unidade de conservação que pretende proteger, a Resolução CONAMA 13/90 revela-se inconstitucional por violação do art. 24, §2º, da CRFB.

Observe-se que o raio de 10km aplica-se para qualquer atividade e em relação a todas as unidades de conservação. A resolução em foco não diferencia, por exemplo, a atividade de posto de gasolina do empreendimento de produção de energia nuclear. Por outro lado, não distingue uma estação ecológica – unidade de conservação do grupo de proteção integral, bastante restritiva quanto ao uso – duma área de proteção ambiental – pertencente ao grupo de uso sustentável, em regra, bem mais permissiva. Talvez o raio de 10 Km de distância seja pertinente entre uma atividade de produção de energia nuclear e uma estação ecológica, para fins da autorização prevista na norma. Contudo, provavelmente será exagerado e desproporcional quando esta distância seja entre um posto de gasolina e uma área de proteção ambiental.

E mais: o CONAMA, com o devido respeito pela notável função que exerce no campo de suas atribuições, não detém o necessário conhecimento técnico a respeito de todas as milhares de unidades de conservação que existem no país, razão pela qual não

³⁶ FERREIRA, Helene Sivini. “Competências Ambientais”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 214.

³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Constituição e revisão: temas de direito político e constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 156.

poderia prever uma distância única aplicável a toda e qualquer situação, sem levar em consideração as peculiaridades locais, tarefa esta que, aliás, competiria aos Estados.

De acordo com o sistema de repartição de competências e com a doutrina autorizada, caso não houvesse outros vícios de inconstitucionalidade, a Resolução CONAMA 13/90 só se aplicaria à União Federal, não se estendendo aos demais entes federativos. Logo, só valeria para licenciamentos ambientais conduzidos pela União e que envolvessem unidades de conservação federais. Não se aplicaria, por exemplo, nos licenciamentos estaduais nem em relação aos órgãos gestores de unidades de conservação pertencentes aos Estados.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento no sentido de prestigiar o exercício de competência suplementar pelos Estados em matéria ambiental. Confira-se:

“CONFLITO DE NORMAS-INEXISTÊNCIA-NORMA ESPECIAL QUE SE COMPATIBILIZA COM PRECEITO GERAL CONTIDO NA NORMA FEDERAL.

O disposto no artigo 19, parágrafo 1º da lei Estadual nº 10.561/91 não conflita com o preceito contido no artigo 21, parágrafo único do código Florestal. Trata-se aquela de lei especial, compatível com o tratamento genérico da norma federal.”³⁸

O Supremo Tribunal Federal recentemente se pronunciou a respeito da matéria, indeferindo o pedido de liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, ajuizada em face de lei do Estado de São Paulo que proibiu o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham amianto ou asbesto, assegurando o exercício da competência suplementar do Estado para legislar sobre a saúde (e, acrescentamos, sobre a proteção do meio ambiente).³⁹ Com efeito, colhe-se do informativo 509 da Corte Constitucional as seguintes passagens do julgamento da ADI 3937⁴⁰:

“Por votação majoritária, o Tribunal, em questão de ordem, negou referendo à decisão concessiva de liminar, proferida pelo Min. Marco Aurélio, e, julgando prejudicado agravo regimental, indeferiu a liminar pleiteada em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI, em face da Lei 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que “proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição” (...)

Além disso, o Min. Joaquim Barbosa se convenceu da legitimidade da lei estadual impugnada por reputar inadequado concluir que a lei federal excluiria a aplicação de qualquer outra norma ao caso. Esclareceu que a preexistência da Convenção impediria que se tentasse levar a lei ordinária federal ao *status* de norma geral. A Convenção é que possuiria tintas de generalidade nessa matéria,

³⁸ REsp 246.531-MG – STJ/ 1ª Turma – Rel. Min. Garcia Vieira – j. em 13.3.01 – DJ 11.6.2001.

³⁹ O Supremo Tribunal Federal revê jurisprudência antiga que entendia que a matéria era de competência privativa da União para legislar sobre o comércio.

⁴⁰ In: www.stf.gov.br (sítio eletrônico do STF na rede mundial de computadores).

sendo a lei federal uma lei específica destinada, talvez, a permitir o crisotila no âmbito das relações federais. Acrescentou que essa distinção entre lei federal e lei específica seria inaplicável ao caso das leis sobre amianto, porque, em matéria de defesa da saúde, sobre a qual o Estado-membro tem competência, não seria razoável que a União exercesse uma opção permissiva no lugar do Estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro dos limites razoáveis, aos interesses da sua comunidade, sob pena de, assim fazendo, esvaziar por completo o compromisso internacional, assumido pelo Brasil, na Convenção. ADI 3937 QO-MC/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 4.6.2008. (ADI-3937)” (grifou-se)

Paulo de Bessa Antunes, comentando situação análoga, entende que as Resoluções CONAMA 302/02 e 303/02, que estabelecem limites de áreas de preservação permanente, invadem a competência supletiva dos Estados em legislar: “Os artigos 3º (Resolução n. 302/2002) e 4º (Resolução 303/2002) do Conselho Nacional do Meio Ambiente afrontam diretamente a ordem jurídica democrática, pois invadem competência constitucional dos Estados-Membros da federação em legislar supletivamente às normas gerais estabelecidas pela União sobre florestas, no caso a C.F.”⁴¹

Pelo exposto, conclui-se que a Resolução CONAMA 13/90 revela-se inconstitucional também por violação ao art. 24, §§ 1º e 2º, da CRFB, eis que transcende os limites de norma geral federal, invadindo o campo reservado à atuação supletiva ou suplementar dos Estados.

C) Do Desrespeito ao Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

A questão do raio de 10Km de distância, além de ferir a regra instituidora da competência suplementar dos Estados-membros, viola também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim se diz por que a previsão genérica duma única distância de 10Km - demasiadamente extensa - que não leve em consideração as peculiaridades do local e da unidade de conservação propriamente dita é arbitrária, desproporcional e excessivamente restritiva aos direitos fundamentais de propriedade e da livre iniciativa, eis que cria uma nova autorização estatal para o exercício de atividades econômicas e construção de edificações.

A ofensa ao princípio da proporcionalidade é flagrante⁴², notadamente ao subprincípio da proporcionalidade denominado de necessidade/vedação de excesso, haja vista que haveria meio alternativo menos gravoso aos direitos fundamentais para

⁴¹ ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 521.

⁴² “O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos ou legislativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade / vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela

se chegar ao resultado pretendido, como, por exemplo, o controle por meio do licenciamento ambiental.⁴³

Alguns exemplos servem para demonstrar o absurdo e a desnecessidade prática da observância deste raio de 10Km. Imagine-se um posto de gasolina que pretenda exercer a sua atividade no Bairro da Barra da Tijuca, no local denominado Alvorada, zona oeste do Município do Rio de Janeiro. Sabe-se que este local está a menos de 10Km do (i) Parque Nacional da Tijuca (unidade de conservação federal), (ii) Parque Estadual da Pedra Branca (unidade de conservação estadual) e da (iii) APA do Parque Ecológico de Marapendi (unidade de conservação municipal).

O hipotético posto de gasolina, para o exercício de sua atividade comercial, necessitaria obter junto ao Poder Público: (i) licença ambiental, (ii) autorização do órgão gestor federal, (iii) autorização do órgão gestor estadual e (iv) autorização do órgão gestor municipal. Em síntese, precisaria obter quatro autorizações *lato sensu* do Poder Público, pois, caso contrário, simplesmente não poderia funcionar legalmente. A evidência, a Resolução CONAMA 13/90, especialmente nesta hipótese, viola o princípio da proporcionalidade (subprincípio da necessidade ou vedação de excesso), na medida em que é extremamente restritivo aos princípios fundamentais da livre iniciativa e da propriedade.

Pode-se afirmar, com Luis Roberto Barroso, que na “moderna dogmática jurídica, os fatos, a natureza dos problemas e as conseqüências práticas das soluções preconizadas desempenham papel de crescente importância na interpretação constitucional. Já não corresponde mais às demandas atuais uma interpretação asséptica e distanciada da vida real, fundada apenas no relato da norma”.⁴⁴ No caso, as conseqüências práticas da interpretação e aplicação da Resolução CONAMA 13/90, como demonstrado no exemplo acima, podem conduzir a situações absurdas e extremamente gravosas aos direitos fundamentais.

Demais disso, a previsão exagerada de um raio de 10Km entre o empreendimento e a unidade de conservação - o qual, muitas vezes, pode abranger o território de vários Municípios e atravessar o território de mais de um Estado -, cujos limites impõem a necessidade de autorização do órgão gestor como condição da emissão da licença ambiental e da legalidade da própria atividade, viola o princípio da razoabilidade em seu sentido material. Mais uma vez, invocando a lição de Luís Roberto Barroso: “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em cada momento e lugar.”⁴⁵

produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.” (BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”. In: Temas de Direito Constitucional, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 38-39)

⁴³ Conforme destaque de Humberto Ávila, “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover um fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre o meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.142-143

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

Jane Reis discorre com maestria sobre o princípio da razoabilidade, destacando o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de leis irrazoáveis, veja-se:

“Numa primeira acepção, o conceito de razoabilidade é empregado com antônimo de arbitrariedade. Esse sentido de razoabilidade está ligado à noção de que os atos do Poder Público - e especialmente aquele que restringe direitos individuais - devem ser sempre motivados por razões relevantes do ponto de vista jurídico. Isso significa que devem ser entendidos como irrazoáveis tanto os atos estaduais que são destituídos de causas ou fundamentos como aqueles que se amparam em razões irrelevantes.

A ausência pura e simples de motivo que justifique o ato estatal costuma ser qualificada como vulneração do dever de razoabilidade. O Supremo Tribunal Federal emprega que a noção de que as restrições a direitos desprovidas de justificação são inconstitucionais, entendendo que, em tais hipóteses, resta violado o princípio da razoabilidade. Recentemente, o Tribunal suspendeu a eficácia de uma lei do Estado do Espírito Santo que proibia, por tempo indeterminado, o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose naquele Estado. Em tal caso, entendeu-se que a medida em questão ofendia, além do princípio da isonomia - uma vez que promoveu discriminação entre os plantadores rurais de eucalipto para a fabricação de celulose e os que o cultivam para outras finalidades -, o princípio da razoabilidade, pois que implementava restrição ao direito de propriedade sem qualquer justificação. O relator, em seu voto, destacou ser a lei irrazoável já que editada ‘sem levar em conta qualquer base científica que justificasse a restrição imposta’⁴⁶ (sem grifos no original)

Com base na doutrina e no precedente do Supremo Tribunal Federal citados, ressalte-se que não há “base científica” que justifique uma nova autorização do Poder Público quando o empreendimento distar até 10km de qualquer unidade de conservação, distância esta muito extensa.

Para corroborar o que aqui se afirma, confira-se a bem fundamentada opinião técnico-científica do ilustre Diretor do DEP - Departamento de Planejamento Ambiental da FEEMA, Sr. João Batista Dias, às fls. 5 deste procedimento:

“(…) A análise de impactos ambientais depende do porte, do potencial poluidor e da localização da atividade (...) enfim, da análise conjunta de fatores ambientais, devendo incluir possíveis impactos sobre Unidades de Conservação, sendo, entretanto, um tipo de análise compreensiva e integrada sobre um conjunto de fatores, consideradas as condições físicas, bióticas e antrópicas do sítio onde se pretende implantar a atividade e de sua área de influência. A fixação, a priori, do raio de impacto ambiental para

⁴⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, ob. cit., pp. 359-360. A autora refere-se à ADI (MC) 2.623-ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, 6.6.2002.

toda e qualquer atividade econômica, em qualquer parte do território nacional, sem levar em consideração as características peculiares tanto da atividade quanto do seu território de inserção, não possui sustentação técnico-científica.”

Em verdade, a resolução em foco promove no ordenamento jurídico uma segunda autorização para o exercício de atividades econômicas e/ou construção de edificações – a primeira seria o licenciamento, espécie do gênero autorização *lato sensu*, exigível na hipótese prevista no art. 10 da Lei nº 6.938/81 -, ainda que específica aos impactos, efetivos ou potenciais, causados numa unidade de conservação.

Quando o órgão ou a instituição licenciadora confundir-se com o órgão gestor da unidade de conservação, a questão será simples, e a própria emissão da licença irá suprir a autorização, desde que tenham sido considerados os impactos na referida área protegida.

É bem de ver, no entanto, que quando se tratar de órgãos e instituições distintas (do mesmo ou outro ente da federação, e, neste último caso, o problema se torna ainda mais complexo), uma responsável pela emissão da licença ambiental e a outra pela autorização contemplada na Resolução CONAMA 13/90, restará comprometida a celeridade do procedimento de licença, a depender de uma segunda autorização que pode contrariar, inclusive, as soluções técnicas impostas pelo órgão licenciador.

E, ainda, há razoável dúvida se esta nova autorização, sob o ângulo do princípio da eficiência, teria algum resultado prático em termos de controle ambiental, eis que o desempenho de funções idênticas por instituições e órgãos distintos revela-se desnecessário. Por óbvio, as funções são apenas parcialmente idênticas, à medida que a autorização é específica quanto aos impactos na unidade de conservação e no seu entorno, enquanto que o licenciamento ambiental deve levar em consideração, integralmente, os impactos ambientais do empreendimento como um todo, incluindo aqueles que possam afetar unidades de conservação e os seus entornos.

Assim, por mais estes motivos – violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade -, infere-se que a Resolução CONAMA 13/90 é inconstitucional.

V - Da Inconstitucionalidade ou Revogação da Resolução Conama 13/90: Obrigatoriedade de Licenciamento Ambiental

O art. 2º da Resolução CONAMA 13/90 impõe também que nas “áreas circundantes das Unidades de conservação, num raio de 10Km, qualquer atividade que possa afetar a biota, deverá ser obrigatoriamente licenciada pelo órgão ambiental competente”.

Como se verá abaixo, tal previsão normativa viola o princípio da razoabilidade e, ainda que assim não se entenda - o que se admite por amor ao debate -, teria sido revogada pela Resolução CONAMA 237/97, que disciplina o licenciamento ambiental, com base na Constituição da República e na Lei nº 6.938/81.

A) Regime Jurídico do Licenciamento Ambiental

Nos moldes do art. 10, *caput*, da Lei nº 6.938/81, a licença ambiental é obrigatória para “empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

Comentando este dispositivo e tratando da questão da obrigatoriedade do licenciamento ambiental, Antônio Inagê de Assis Oliveira assevera que:

“Uma vez que o meio ambiente é legalmente definido como ‘o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas’, fácil é concluir que qualquer ação humana pode causar degradação ambiental.

Tendo-se em vista que esta degradação ambiental é conceituada, pela mesma lei, como ‘alteração adversa das características do meio ambiente’ ou como poluição, que é ‘a degradação da qualidade ambiental resultantes de atividades (humanas) que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matéria ou energia em desacordo com os padrões estabelecidos’, verifica-se que quase toda a ação humana que utilize ou modifique de alguma forma um recurso ambiental, importa em intervenção no meio ambiente e, em tese, estaria submissa ao prévio licenciamento. (...)

Por outro lado, é de ser que o adjetivo adverso tem a conotação de adversário, do que prejudica, se opõe. Dessa maneira, merece uma interpretação bastante subjetiva, ao cargo do órgão de controle ambiental. Dependendo do atributo, do recurso ambiental, que naquele caso específico é por ele mais valorizado, a ação pode, ou não, ser considerada adversa. Se o que a Constituição e a legislação ordinária preconizam é o *uso racional* dos recursos ambientais, é óbvio que tal uso importa necessariamente em alguma alteração dos mesmos, que será ou não adversa segundo o critério do órgão controlador, vinculado, evidentemente, à legislação de controle ambiental e seus princípios.”⁴⁷ (grifou-se)

Visando dar concretude à norma prevista no art. 10, *caput*, da Lei 6938/81, norma geral federal de direito do ambiente, o CONAMA editou a Resolução 237/97, prescrevendo, nos parágrafos 1º e 2º, de seu art. 2º, que estão sujeitos ao licenciamento ambiental: (i) os empreendimentos e atividades relacionadas no Anexo 1 desta resolução (art. 2º, §1º) e (ii) aqueles que, embora não constem do Anexo 1, sejam enquadrados pelo órgão ambiental competente como utilizadores “de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”⁴⁸, vez que o dispositivo em análise remete ao órgão ambiental a tarefa de “complementação do Anexo 1, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade” (art. 2º, §1º).

Em que pesem algumas vozes na doutrina sustentarem a inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução CONAMA 237/97⁴⁹, entendemos que, no particular⁵⁰, o

⁴⁷ OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis, ob. cit., pp. 13-14.

⁴⁸ Enquadrando o empreendimento ou atividade na definição prevista no art. 10, *caput*, Lei 6938/81.

⁴⁹ Veja-se, por todos, ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. “Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e ilegalidade”. In: Revista de Direito Ambiental, vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 109-111

⁵⁰ Já nos manifestamos acerca da constitucionalidade e legalidade de outros dispositivos da Resolução CONAMA 237/97, como, por exemplo, o seu art. 4º e 7º. Confira-se o parecer ASJUR/FEEMA RD 01/2007 – Rafael Lima Daudt D’Oliveira, vistado pelo Exmo. Subprocurador-Geral do Estado, Dr. Rodrigo Mascarenhas, ainda que com pequenas ressalvas quanto ao art. 4º.

CONAMA agiu de acordo com a Constituição da República e com a Lei 6938/81, sendo feliz na regulamentação da matéria.⁵¹

Isto porque a lei não pode prever, abstrata e genericamente, todos os empreendimentos e atividades que possam causar degradação ambiental, entendida esta como “alteração adversa das características do meio ambiente” (art. 3º, inciso II, da Lei 6938/81).

Coube à lei traçar as linhas gerais para que se torne obrigatório o licenciamento ambiental para a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 10, *caput*, Lei 6938/81), valendo-se deste conceito jurídico indeterminado⁵², o qual deve ser preenchido pela Administração Pública, seja por uma norma (por exemplo, no âmbito federal, a Res. CONAMA 237/97, que lista algumas atividades que necessitam de licenciamento ambiental), seja pelo exame do caso concreto, atentando para os potenciais impactos do empreendimento e para as peculiaridades e características ambientais do local em que pretende exercer as suas atividades.

B) Da Violação ao Princípio da Razoabilidade

Pelas mesmas razões expostas na letra ‘C’ do capítulo anterior, a obrigatoriedade do licenciamento, para todo empreendimento que diste até 10Km de qualquer unidade de conservação, que não leve em consideração os potenciais impactos do empreendimento propriamente dito e as peculiaridades e características ambientais do local, a serem aferidos diante do caso concreto, viola o princípio da razoabilidade.

Repita-se, por oportuno, com base no precedente do Supremo Tribunal Federal referido e louvado na informação técnica da Diretoria de Planejamento Ambiental da

⁵¹ Não constitui objeto deste parecer analisar, em toda a sua extensão, a constitucionalidade e legalidade da Resolução CONAMA nº 237/97.

⁵² Sobre conceitos jurídicos indeterminados, explica o Gustavo Binbenbojm com clareza: “Sem embargo da maior possibilidade de controle jurisdicional dos atos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados, deve-se registrar que há limites. E que tais conceitos, ao mesmo tempo que possuem um núcleo preciso de significado, exibem também um halo periférico, uma zona de penumbra, na qual haverá certa margem de apreciação na interpretação por parte do Poder Público.(...) Essa idéia foi divulgada na Alemanha, tendo evoluído para a concepção de que o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que ele é), dentro do qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra ou expressão que designa, e uma zona de certeza negativa (o que é certo que ele não é), em que, igualmente, inexistiria dúvida acerca de sua utilização, só que para excluir a sua incidência. A controvérsia sobre a abrangência de situações que o signo encerra surgiria na zona intermediária, de penumbra. Em tal zona é que se deve preservar a chamada margem de apreciação administrativa, que não pode ser substituída pela apreciação formulada pelo Judiciário.(...) Por outro lado, devem os tribunais atuar com *autocontenção* (*judicial self-restraint*), reconhecendo sua dificuldade em exercer o controle, quando a atuação administrativa move-se na zona de penumbra de um conceito jurídico indeterminado. Assim, v.g., ao analisar o conceito de *significativa degradação ambiental* como condição para a exigibilidade de um estudo prévio de impacto ambiental, deve o juiz averiguar se a Administração produziu os laudos devidamente e se suas conclusões situam-se dentro da zona de penumbra. Aqui, não deve o magistrado pretender *definir* o que é impacto ambiental significativo, mas apenas verificar a *sustentabilidade* das razões da autoridade administrativa tendo em vista uma possível existência (ou inexistência) de tal impacto. Preenchidos esses requisitos, deve o juiz prestar reverência à *estimativa* da Administração, que detém *expertise* e experiência para fazê-lo em melhores condições. Nestes termos, um controle judicial gradual dos conceitos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática e o grau de objetividade do conceito parece a solução mais adequada para alcançar uma concordância prática entre os princípios da separação de poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional.” (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 219-223)

FEEMA (fl. 5), que não há “base científica” que justifique a obrigatoriedade do licenciamento ambiental, pelo Poder Público, quando o empreendimento distar até 10km de qualquer unidade de conservação, distância esta demasiadamente extensa e que, por si só, não é suficiente para determinar a obrigatoriedade de licenciamento.

Isto porque tanto podem existir empreendimentos que estejam numa distância maior de 10Km de uma unidade de conservação que precisem licenciar-se, como podem haver empreendimentos que estejam num raio menor e que não precisem de licença. O que importará, de fato, é o enquadramento da atividade no conceito jurídico indeterminado previsto no art. 10, *caput*, da Lei 6938/81.

Assim, revela-se inconstitucional o art. 2º, *caput*, da Resolução CONAMA 13/90, no que pertine à obrigatoriedade de licenciamento ambiental, por violação do princípio da razoabilidade em seu sentido material.

C) Da Tese da Revogação, pelo próprio Conama, do Art. 2º, *Caput*, da Resolução 13/90 pela Resolução 237/97

Caso ultrapassada a tese da inconstitucionalidade do art. 2º, da Resolução CONAMA 13/90, seria lícito sustentar, como argumento subsidiário, que tal dispositivo teria sido revogado pela Resolução CONAMA 237/90, no que diz respeito à obrigatoriedade de licenciamento ambiental.

Destaque-se que a Lei de Introdução ao Código Civil (“LICC”), no art.2º, §1º, estabelece que: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que se tratava a lei anterior” (grifou-se). A despeito de a LICC falar em leis, o raciocínio aplica-se às normas jurídicas em geral.

E é precisamente o que ocorreu na hipótese em análise. Com efeito, a Resolução CONAMA 237/97, que regulamenta aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente, disciplina exaustivamente esta matéria, no âmbito federal, matéria esta que era versada, timidamente e em parte, pela norma anterior. Trata-se, portanto, de revogação. E, como se sabe, norma revogada não produz efeitos, eis que não mais vigora.

Assim, com a devida vênia, divergimos do posicionamento atual da d.PGE, firmado por meio do já mencionado parecer nº 5/2006 – AMM/PG-6, que entende que as resoluções em análise “dispõem sobre questões distintas”, tendo em vista que a Resolução CONAMA 13/90 pretende regular também aspectos do licenciamento ambiental, o qual foi inteiramente disciplinado, no âmbito federal, pela Resolução CONAMA 237/97.

Sublinhe-se que a Resolução CONAMA 237/97 não silenciou a respeito da matéria; ao revés, a disciplinou nos seus arts. 4º, §1º, e 5º, parágrafo único, prevendo a necessidade de o órgão competente para o licenciamento promover a oitiva de outros órgãos interessados a nele intervir, incluindo, por óbvio, os órgãos gestores de unidades de conservação que possam ser afetadas pelos impactos da atividade licenciada. Entretanto, os pareceres dos outros órgãos e instituições não são vinculantes, podendo o órgão licenciador deles discordar, contanto que o faça de forma fundamentada.

Nesse sentido, Daniel Roberto Fink assevera que: “para efetuar o licenciamento, o IBAMA deverá considerar o parecer técnico dos órgãos ambientais estaduais e municipais em que se localizar atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, outros órgãos públicos, de qualquer esfera administrativa, envolvidos neste licenciamento. Contudo, como o IBAMA é, no caso, o órgão licenciador em caráter exclusivo, ao considerar os pareceres dos demais órgãos envolvidos, poderá descartá-

los. Porém, sempre *motivadamente*” (grifou-se)⁵³. O mesmo raciocínio aplica-se aos licenciamentos estaduais.

Vale dizer que os dispositivos da Resolução CONAMA 237/97 citados estão em harmonia com a Constituição da República, notadamente com o princípio da preponderância de interesses, conduzindo à idéia de um único órgão licenciador com competência para decidir pela expedição ou não da licença, mas que terá que fundamentar a sua decisão e se manifestar expressamente sobre a opinião técnica dos outros órgãos e instituições que tenham interesse em intervir no procedimento. Condicionar a expedição da licença a novas “autorizações”, significa admitir, por via transversa, que em certas situações haja o licenciamento por dois ou mais órgãos, o que se revela inconstitucional por violação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.⁵⁴

Registre-se, por outro lado, que autorizações específicas, até mesmo como condicionantes da emissão da licença, só poderiam ser exigidas por lei em sentido formal e material. Este foi o caso da autorização prevista no art. 36, §3º, da Lei do SNUC, que será examinada no próximo capítulo.

Portanto, em relação à obrigatoriedade de licenciamento, de duas uma: (i) ou o art. 2º, *caput*, da Resolução CONAMA 13/90, é inconstitucional por violar o princípio da razoabilidade ou (ii) ele foi revogado pela Resolução CONAMA nº 237/97. Independentemente do motivo, não deve ser aplicado, seja pela invalidade, seja por que não mais vigora.

VI – Da Resolução Conama 13/90 e o Advento do Art. 36 da Lei 9985/00

Mesmo que a Resolução CONAMA 13/90 não fosse inconstitucional desde a sua edição – o que, obviamente, só se admite em tese e para argumentar -, ela teria sido revogada pela Resolução CONAMA 237/97 (questão do licenciamento), como já vimos, e pelo art. 36, *caput* e §3º, da Lei nº 9.985/00 (questão da autorização), como veremos em seguida.

Então, a matéria é regulada, basicamente, pela Lei do SNUC e pela interpretação que o STF conferiu ao seu art. 36, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, como examinaremos à frente.

A) Zona de Amortecimento, Entorno e Áreas Circundantes de Unidade de Conservação

Consoante o art. 2º, XVIII, da Lei 9985/00, zona de amortecimento é “o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade”.

Vale dizer que o plano de manejo das unidades de conservação deverá abranger a zona de amortecimento, segundo prescreve o art. 27, §1º, da referida lei⁵⁵. O plano de manejo, que é o regulamento interno da unidade de conservação, deverá ser elaborado no prazo de cinco anos a partir da data de criação da unidade (art. 27, §3º, Lei 9985/00).

⁵³ FINK, Daniel Roberto, ALONSO JR., Hamilton, DAWALIBI, Marcelo. Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 21.

⁵⁴ Neste sentido, já nos manifestamos no Parecer ASJUR/FEEMA RD 01/2007, visto pelo Exmo. Subprocurador-Geral do Estado, Dr. Rodrigo Mascarenhas.

⁵⁵ Todas as categorias de unidade de conservação devem possuir uma zona de amortecimento, exceto a área de proteção ambiental e a reserva particular do patrimônio natural, nos termos do art. 25, *caput*, da Lei 9985/00.

Os limites da zona de amortecimento, contudo, “poderão ser definidas no ato de criação da unidade ou posteriormente” (art. 25, §2º, Lei 9985/00).⁵⁶

A Resolução CONAMA 13/90, em seu segundo ‘Considerando’, prevê a necessidade de estabelecer-se “normas referentes ao entorno das unidades de conservação visando a proteção dos ecossistemas ali existentes”. Mas, em seu artigo 2º, *caput*, menciona a expressão “áreas circundantes das unidades de conservação”, prevendo a sua extensão de 10Km, o que poderia gerar dúvidas no sentido de que entorno e áreas circundantes seriam coisas diferentes.

Em nosso entendimento, a dúvida não existe, eis que zona de amortecimento, entorno e áreas circundantes significam a mesma coisa, senão vejamos.

A própria Lei 9985/00 diz que zona de amortecimento é o entorno de uma unidade de conservação. Logo, estas expressões são empregadas como sinônimos pela própria lei, o que afasta qualquer argumento jurídico em sentido contrário.

E a Resolução CONAMA 13/90, como visto, objetiva estabelecer “normas referentes ao entorno das unidades de conservação”. Ora, se o objetivo da norma é este – dispor sobre o entorno de unidades de conservação – não teria sentido ela empregar o termo “áreas circundantes” para significar outra coisa que não entorno. Parece, então, que por força desta resolução área circundante é sinônimo de entorno.

O próprio Dicionário Aurélio define entorno como “toda área circundante de uma construção, ou de outra área demarcada” e, ainda, como “área vizinha a outra legalmente protegida”.⁵⁷

Portanto, se pela Lei 9985/00 zona de amortecimento é entorno, e pela Resolução CONAMA 13/90 entorno é área circundante, deduz-se, logicamente, que as três expressões – zona de amortecimento, entorno e área circundante - são sinônimas.

Este é o entendimento de Antônia Pereira Ávila Vio, quando trata da Resolução CONAMA 13/90, para quem “nesta resolução CONAMA a zona de amortecimento recebe as denominações de entorno das unidades de conservação e áreas circundantes das unidades de conservação”.⁵⁸

Para tal conclusão deve-se levar em conta também a finalidade da norma, elemento teleológico ou finalístico da interpretação jurídica, especialmente pelo fato de o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil prescrever que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”. Obviamente, esta norma da LICC deve orientar não só o juiz, mas também os operadores do Direito em geral e a Administração Pública em particular.

Independentemente da expressão utilizada – zona de amortecimento, entorno ou área circundante – parece que o objetivo das normas (Lei 9985/00 e Res. CONAMA 13/90) é a proteção das unidades de conservação. A lei 9985/00, em seu art. 2º, XVIII, declara que a zona de amortecimento/entorno tem o “propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade”. E a Resolução CONAMA 13/90 tem por objetivo estabelecer “normas referentes ao entorno [= área circundante] das unidades de conservação visando a proteção dos ecossistemas ali existentes”.

⁵⁶ Se as próprias unidades de conservação devem ter os seus limites fixados pelo Poder Público (art. 22, Lei 9985/00), com muito mais razão as zonas de amortecimento também deverão ter os seus limites demarcados, já que se trata de instituto secundário, acessório de uma unidade de conservação, não obstante tenha papel importante na proteção destas.

⁵⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o Dicionário da Língua Portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 769.

⁵⁸ VIO, Antônia Pereira de Ávila. “Zona de Amortecimento e Corredores Ecológicos”. In: BEN-JAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Direito Ambiental das Áreas Protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 352.

Logo, em última análise, as duas normas pretendem proteger os atributos ambientais de uma unidade de conservação, impedindo que interfira de forma prejudicial na unidade o chamado “efeito de borda”, que é “a influência, num determinado ecossistema, da proximidade de um outro ecossistema ou ambiente estranho a ele. O efeito de borda é, portanto, tão mais intenso quanto mais próximo da fronteira do ecossistema se chega, sobre a qual, inclusive, pode formar-se um terceiro ambiente diferente dos dois que se encontram. A extensão do efeito depende da intensidade dos fatores de perturbação mútuos”.⁵⁹

No mesmo sentido, Antônia Pereira de Ávila Vio justifica a necessidade da existência de zonas de amortecimento (= área circundante = entorno), dentre outros motivos para “contenção do efeito de borda promovido pela interferência antrópica no sistema natural de proteção integral”.⁶⁰

Assim sendo, também pelo elemento teleológico de interpretação das normas, conclui-se que as três expressões zona de amortecimento, entorno e área circundante são sinônimas, eis que possuem a mesma finalidade.

Na verdade, a equiparação das expressões mencionadas é necessária para demonstrar que a Resolução CONAMA 13/90 e o art. 36, *caput* e §3º, da Lei do SNUC, versaram sobre a mesma matéria.

B) A Teoria da Revogação da Res. Conama Nº 13/90 pela Lei 9985/00

Como já dito, se a Resolução CONAMA 13/90 não fosse inconstitucional, ela teria sido revogada pela Lei 9985/00, tese que se afirma de forma subsidiária, por coerência de raciocínio, já que norma inconstitucional é, em regra, inválida desde a sua edição, não podendo ser revogada norma que não mais produz efeitos no ordenamento jurídico.

Com efeito, a Resolução CONAMA 13/90 e o art. 36, *caput* e §3º, da Lei do SNUC versam sobre a mesma matéria, vez que tratam da autorização do órgão gestor de unidades de conservação para atividades e empreendimentos, sujeitos ao licenciamento ambiental, que possam afetar a biota e/ou o entorno dos referidos espaços protegidos.

Muito embora existam diferenças no trato da matéria entre as duas normas⁶¹, fato é que a Lei 9.985/00, no §3º de seu artigo 36, dispôs expressamente sobre esta autorização do órgão gestor quando o empreendimento afetar unidades de conservação ou seu entorno, delimitando quando ela será exigível, nos termos do *caput* do referido artigo (quando, a partir da análise do EIA/RIMA, o órgão ambiental entender que o empreendimento é de significativo impacto ambiental).

Em outras palavras, no que diz respeito à autorização do órgão gestor de unidades de conservação e à hipótese em que ela é exigível, a Lei 9985/00 regulou inteiramente a matéria, revogando a Resolução CONAMA 13/90, nos termos do art.2º, §1º, da Lei de

⁵⁹ LIMA E SILVA, Pedro Paulo de; GUERRA, Antonio J.T.; MOUSINHO, Patrícia (Org.). Dicionário brasileiro de ciências ambientais. Rio de Janeiro: Thex, 1999, p. 89.

⁶⁰ VIO, Antônia Pereira de Ávila. “Zona de Amortecimento e Corredores Ecológicos”. In: BEN-JAMIN, Antônio Herman V. (Org.). Direito Ambiental das Áreas Protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 349.

⁶¹ A Resolução 13/90 fala em impacto efetivo e potencial (“possam afetar a biota”), enquanto a Lei nº 9985/00 fala somente em impacto efetivo (“significativo impacto ambiental”); a Resolução 13/90 refere-se a atividades que possam afetar a biota de unidade de conservação num raio de 10 Km; já a Lei nº 9985/00 refere-se a empreendimentos que sejam de significativo impacto ambiental e afetem unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, independentemente de qualquer distância; a Resolução 13/90 prevê a obrigatoriedade de licenciamento ambiental na hipótese que menciona, enquanto a Lei nº 9985/00 não traz norma que disponha sobre a obrigatoriedade de licenciamento ambiental.

Introdução ao Código Civil. Demais disso, disciplinando a matéria de forma diversa, a referida resolução tornou-se incompatível com a Lei 9985/00, o que confirma a teoria da revogação, por mais este motivo.

Édis Milaré também entende que a Resolução CONAMA 13/90 foi revogada pela Lei 9985/00, mas por outro fundamento, senão vejamos:

“Sobre a zona de amortecimento no entorno das unidades de conservação, o art. 25 da Lei. 9.985/2000, revogando a Resolução CONAMA 013/90, que tratava do mesmo assunto, estabelece que os limites da zona amortecimento e as normas específicas regulando os usos nela admitidas serão estabelecidos no ato da criação da unidade ou posteriormente. Em decorrência, não se há falar mais na zona de amortecimento de 10 km no entorno da unidade, conforme previa a referida resolução CONAMA, cabendo ao órgão responsável pela administração da unidade estabelecer normas específicas regulamentando a ocupação e o uso da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos.”⁶²

E mais: mesmo que não se entendesse que a matéria está sujeita à reserva de lei, ao contrário do sustentado neste parecer, prevaleceria a Lei 9985/00 sobre a resolução em análise também pelo princípio da legalidade, em sua dimensão de primado, preferência da lei.

Conclui-se que, caso não fosse a resolução inconstitucional, a obrigatoriedade, nela prevista, do licenciamento teria sido revogado pela Resolução CONAMA 237/97 e da autorização do órgão gestor pela Lei 9985/00.

C) Da Aplicação e do Alcance do Art. 36, *Caput* e §3º, da Lei 9.985/00 e a Recente Decisão do STF sobre Compensação Ambiental

A Lei nº 9.985/2000, em seu artigo 36, *caput*, estabelece que “nos casos de licenciamento ambiental de empreendimento de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA-RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei”.⁶³

E o parágrafo terceiro, por sua vez, estabelece que “quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo”.

⁶² MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.263.

⁶³ O parágrafo primeiro do mencionado artigo determina que “o montante dos recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a 0,5% dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental causado pelo empreendimento”. Já o parágrafo segundo define que “ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação”.

Observe-se, por oportuno, que este §3º reporta-se ao licenciamento a que se refere o *caput*, o que significa dizer que a autorização do órgão gestor só será obrigatória quando se tratar de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental (efetivo e não potencial) e que, além disso, afete, de fato, unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento.

A Lei nº 9.985/00 teve a sua constitucionalidade questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3378/DF), sob os argumentos de que o texto legal violaria os princípios (i) da legalidade, (ii) da “harmonia e independência dos poderes”, (iii) da razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, (d) que a indenização, sem prévia mensuração e comprovação do dano, pode acarretar enriquecimento ilícito do Estado.

Em recente julgamento, a corte julgou parcialmente procedente o pedido sob os seguintes fundamentos:

“1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o *quantum* da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente.”⁶⁴ (grifou-se)

Com relação ao cabimento da compensação ambiental, que é o que nos interessa na presente análise, a maioria dos julgadores concordaram com o entendimento do ilustre ministro Celso de Mello no sentido de que “o montante de recursos há de ser compatível e proporcional ao grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento, desde que o estudo específico entenda que, daquele empreendimento, possa resultar impacto ambiental. Então, presente essa relação de causalidade, estabelecer-se-á, também uma limitação à ação administrativa do Poder Público.” (grifos nossos)

⁶⁴ ADI 3378/DF – STF/ Tribunal Pleno – Rel. Carlos Britto – j. em 9/4/08 – DJ 20/6/08.

O eminente relator ministro Carlos Britto acrescentou que “na verdade, a lei foi cuidadosa quando se referiu a “Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental”. O pressuposto, então, é de que o empreendimento, empiricamente, no caso concreto, revele-se, mediante a perícia com o EIA/RIMA, de significativo impacto ambiental.” (grifos nossos)

Explica-se: a Constituição da República exige, no art. 225, §1º, inciso IV, a elaboração de EIA/RIMA “para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”; já a norma prevista no art. 36, *caput*, da Lei nº 9.985/00, impõe a compensação ambiental nos casos em que, a partir da análise do EIA/RIMA elaborado, conclua-se que se trata de “significativo impacto ambiental” (efetivo).

Em outras palavras, terá cabimento a compensação quando constatar-se que o significativo impacto ambiental em vez de potencial é, na verdade, efetivo.

Então, a partir do entendimento firmado pelo c.STF, por maioria, depreende-se que a compensação somente terá lugar em casos nos quais seja exigido o EIA/RIMA e que, neste, fique demonstrada a existência de impactos significativos. Assim, deve o órgão ambiental reconhecer, com base em estudo prévio de impacto ambiental, a existência ou inexistência de significativo impacto ambiental.⁶⁵

Nunca é demais lembrar que, nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9868/99, “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.⁶⁶

Da análise da Lei 9985/00 e do mencionado precedente do STF, conclui-se, sempre que houver necessidade, no licenciamento, do pagamento de compensação ambiental e o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de

⁶⁵ Revenho aqui a nossa posição sustentada no Parecer ASJUR/FEBMA RD03/2007, quando escrevemos: “Quanto à necessidade de compensação ambiental, é imperioso ressaltar que o art. 36, *caput*, da Lei do SNUC, deve ser interpretado à luz do art. 225, §1º, inciso IV, da CRFB, que exige a realização de EIA/RIMA para obras ou atividade potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental. Logo, revela-se desnecessário que o órgão ambiental competente, com fundamento no EIA/RIMA, diga se o empreendimento é de significativo impacto ambiental ou não, tal como previsto na norma. Ora, se o empreendimento não fosse capaz de causar significativa degradação ou impacto ambiental, não precisaria ter sido realizado EIA/RIMA. Se este foi elaborado, é porque o empreendimento é capaz de causar significativo impacto. Assim sendo, é obrigatória a compensação ambiental prevista no dispositivo legal em análise.” (sem os grifos do original). A mudança de posição ora destacada justifica-se, em primeiro lugar, por força do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9868/99 e, em segundo lugar, porque consideramos que, realmente, isto é o melhor entendimento acerca da matéria, pois não teria sentido a lei exigir EIA/RIMA para aferir se o significativo impacto em vez de potencial será efetivo, concreto, para fins da exigência de compensação e da autorização previstas no *caput* e §3º, e o intérprete dizer que a sujeição do empreendimento à elaboração de EIA/RIMA já justificaria a referida exigência.

⁶⁶ Registre-se que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”, pela qual, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não só a parte dispositiva da decisão produz efeitos vinculantes como também os seus “fundamentos determinantes”. O Min. Cezar Peluso, em decisão proferida na Reclamação 3291/SP, bem mostrou a posição daquela Corte a respeito da matéria, confira-se: “(...) Posto que o efeito vinculante da decisão de ação direta de Inconstitucionalidade não se limite à parte dispositiva, mas se estenda também aos chamados “fundamentos determinantes”, segundo o que se convencionou chamar de efeito transcendente dos fundamentos determinantes de decisão com efeito vinculante (cf. Rcl nº 2363-0, Rel. Min. GILMAR MENDES; Rcl nº 1987, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), forçoso reconhecer, conforme sobrelevou o Min. CELSO DE MELLO no precedente invocado na inicial, que tal extensão tem por escopo resguardar a interpretação dada por esta Corte às normas constitucionais, verbis: “Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios

amortecimento, será obrigatória também a autorização do órgão gestor de que trata o §3º, do art. 36, da lei.

Assim, quando a compensação for exigida também será a autorização do órgão gestor. O parágrafo 3º, do art. 36, deve ser interpretado em consonância com o disposto no *caput*, até porque se reporta expressamente ao “licenciamento previsto no *caput*”, o qual, por sua vez, caracteriza-se e qualifica-se como “licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental”.

Aliás, é regra antiga de hermenêutica que os parágrafos devem ser interpretados de acordo com o *caput* do artigo que compõem.⁶⁷

Em síntese, a autorização do órgão gestor mencionada será exigível sempre que: (i) fique demonstrada a existência de impactos ambientais significativos, constatação esta que cabe ao órgão ambiental com fundamento no EIA/RIMA; e, além disso, (ii) o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento.

Adite-se que a autorização deve levar em consideração tão somente os impactos na unidade de conservação, não podendo abranger outros aspectos ambientais do licenciamento, pois, efetivamente, não se trata de nova licença.

Registre-se que, fora da hipótese prevista no art. 36 da Lei do SNUC, tratando-se, portanto, de licenciamentos de atividades de impactos ambientais não significativos, os órgãos gestores de unidades de conservação, que possam ser afetadas pelos impactos da atividade nela e no seu entorno, deverão ser consultados (art. 4º, §1º, e art. 5º, parágrafo único, Res. CONAMA 237/97). A manifestação emitida, contudo, não vincula nem condiciona à expedição da licença ambiental. Pode o órgão competente para o licenciamento acatar ou discordar do teor da manifestação dos órgãos gestores, devendo apresentar expressamente os motivos de sua decisão.

Por fim, é importante frisar que as teses ora sustentadas, no sentido da não aplicabilidade da Resolução CONAMA 13/90 e do tratamento dado à matéria pela Lei 9985/00, não comprometem o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Mesmo quando a atividade não estiver sujeita à autorização prevista na lei, dar-se-á concretude aos princípios constitucionais da prevenção e da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente por meio do procedimento de licenciamento ambiental conduzido pelo órgão competente.

fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES (“O Controle Concentrado de Constitucionalidade”, p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAES (“Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas). (...) Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “*caput*”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: “(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)” (RE 203.498-Agr/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)” (Rcl nº 2.986-MC). (...)” (grifamos) [Reclamação 3291/SP – Relator Min. Cezar Peluso – j. em 23/05/05 – DJ 31/5/05, p. 13]

⁶⁷ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2002, pp 97-215: “Nada de exclusivo apego aos vocábulos. O dever do juiz não é aplicar os parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas. (...) ‘é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma’ (...) Na verdade, a proposição principal vale mais do que as incidentes, que lhe ficam subordinadas; na dúvida, é ela que prevalece, a regra geral; nunca a restrição. Será, todavia, de bom aviso procurar sempre conciliá-las e combinar todas, de modo que, ao invés de uma se sobrepor a outras, reciprocamente se completem (...)”.

É que as atividades possam causar “degradação ambiental” continuam sujeitas a controle por meio do procedimento de licenciamento ambiental, no qual devem ser levados em consideração integralmente os impactos ambientais, potenciais e efetivos, que a atividade possa produzir no meio ambiente em geral e nas unidades de conservação em particular.

Conclusão

Por todo o exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- (i) é inconstitucional a regra, prevista na Resolução CONAMA 13/90 (art. 2º, parágrafo único), que sujeita as atividades, que estejam dentro de um raio de 10Km de distância de qualquer unidade de conservação e que possam afetar a sua biota, à autorização do órgão gestor da unidade, como condicionante da própria emissão da licença ambiental, por violação dos princípios da reserva legal, da proporcionalidade, da razoabilidade e da regra que confere aos Estados competência suplementar para legislar sobre direito ambiental (tese principal);
- (ii) é inconstitucional a regra, prevista na Resolução CONAMA 13/90 (art. 2º, *caput*), que submete as atividades, que estejam dentro de um raio de 10Km de distância de qualquer unidade de conservação e que possam afetar a sua biota, ao licenciamento ambiental, por ofensa ao princípio da razoabilidade (tese principal) ou, então, esta regra teria sido revogada pela Resolução CONAMA 237/97, que regulamenta a mesma matéria (tese subsidiária);
 - (i) a Lei 9985/00 e a Resolução CONAMA 13/90 pretenderam disciplinar a mesma matéria no que se refere à autorização do órgão gestor de unidades de conservação, prevalecendo as disposições da lei (princípio da legalidade);
 - (ii) caso a Resolução CONAMA 13/90 não fosse inconstitucional, ela teria sido revogada pelo art. 36, *caput* e §3º, da Lei 9985/00 (tese subsidiária), devendo-se entender que zona de amortecimento, entorno e área circundante são expressões sinônimas para o sistema normativo vigente;
 - (iii) a partir do entendimento firmado pelo c.STF, que tem efeito vinculante, depreende-se que a compensação somente terá lugar em casos nos quais seja exigido o EIA/RIMA e que, neste, fique demonstrada a existência de impactos significativos e efetivos do empreendimento. Assim, deve o órgão ambiental reconhecer, com base em estudo prévio de impacto ambiental, a existência ou inexistência de significativo impacto ambiental;
 - (iv) quando a compensação for exigida, também será a autorização do órgão gestor, desde que o empreendimento possa afetar unidade de conservação ou sua zona de amortecimento, vez que o parágrafo 3º, do art. 36, deve ser interpretado em consonância com o disposto no *caput*, até porque se reporta expressamente ao “licenciamento previsto no *caput*”, o qual, por sua vez, caracteriza-se e qualifica-se como “licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental”;

- (v) assim, a autorização do órgão gestor mencionada só será exigível quando: (a) ficar demonstrada a existência de impactos ambientais significativos e efetivos, constatação esta que cabe ao órgão ambiental com fundamento no EIA/RIMA; e, além disso, (b) o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento;
- (vi) fora da hipótese prevista no art. 36 da Lei do SNUC, tratando-se, portanto, de licenciamentos de atividades de impactos ambientais não significativos, os órgãos gestores de unidades de conservação, que possam ser afetadas pelos impactos da atividade nela e no seu entorno, deverão ser consultados (art. 4º, §1º, e art. 5º, parágrafo único, da Resolução CONAMA 237/97);
- (vii) a manifestação emitida pelo órgão gestor, contudo, não vincula nem condiciona à expedição da licença ambiental; pode o órgão competente para o licenciamento acatar ou discordar do teor da manifestação dos órgãos gestores, devendo apresentar expressamente os motivos de sua decisão;

É o parecer.

Encaminhe-se o presente à Procuradoria Geral do Estado, na forma dos artigos 6º e 7º do Decreto nº 40.500, de 1º de janeiro de 2007.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2008.

Rafael Lima Daudt d'Oliveira
Procurador do Estado
Chefe da Assessoria Jurídica da FEEMA

VISTO

Aprovo o excelente Parecer nº. 03/2008-RD, da lavra do Procurador do Estado e Chefe da Assessoria Jurídica da FEEMA, Dr. Rafael Lima Daudt d'Oliveira que, após profundo exame das questões de direito ambiental e constitucional relacionadas à hipótese, concluiu que a Resolução CONAMA 13/90 não deve ser observada no âmbito deste Estado, seja por sua inconstitucionalidade (tese principal), seja por sua revogação pela Lei 9985/00 e pela Resolução CONAMA 237/97 (tese subsidiária).

Ademais, concluiu o r. parecerista, com acerto, que a autorização de que trata o art. 36, §3º, da Lei 9985, só será exigida quando: "(a) ficar demonstrada a existência de impactos ambientais significativos e efetivos, constatação esta que cabe ao órgão ambiental com fundamento no EIA/RIMA; e, além disso, (b) o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento."

Extraíam-se cópias deste parecer, encaminhando-as à (a) Secretaria de Estado do Ambiente; (b) ao IEF; (c) à SERLA, (d) à Procuradoria de Patrimônio e Meio Ambiente (PG-6) (e) à Coordenadoria Geral das Procuradorias Regionais (PG-11) e (f) ao CEJUR, recomendando-se a sua publicação.

Após à FEEMA, em devolução.

Rio de Janeiro, 8 de agosto de 2008.

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS
Subprocurador-Geral do Estado

PODER JUDICIÁRIO