

DANIELA ANGÉLICA DOMINGOS VIEIRA

**LICENCIAMENTO AMBIENTAL:
A inconstitucionalidade do art. 5º da Resolução nº
237/97, do CONAMA, em face do art. 23, VI parágrafo
único da Constituição da República de 1988**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2011

DANIELA ANGÉLICA DOMINGOS VIEIRA

**LICENCIAMENTO AMBIENTAL:
A inconstitucionalidade do art. 5º da Resolução nº
237/97, do CONAMA, em face do art. 23, VI parágrafo
único da Constituição da República de 1988**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor MSc. Daniel de Araújo Ribeiro.

FIC – CARATINGA

2011

“Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento de justiça.”

(Rui Barbosa)

Dedico este trabalho a minha mãe Creusa que sempre fez o melhor por mim.
Ao meu pai Raimundo, pelo apoio incondicional, sem ele não seria possível chegar
até aqui.

A minha irmã Drielle por ter me ajudado tanto na formatação deste trabalho.
Ao meu filho Cauã Lucas, que é a razão do meu existir.
E principalmente aos meus avós Sr. Geraldo (em memória) e D. Inêz (em memória),
que sempre me apoiaram em todos os momentos da minha vida. Sinto muito a
ausência de vocês.

Todos foram essenciais para a realização deste.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por sempre iluminar meu caminho e minhas decisões e a todos, em especial meu orientador Daniel de Araújo, que me auxiliaram para a confecção deste trabalho.

Aos meus pais que estiveram ao meu lado durante essa caminhada.

A minha irmã Drielle, que foi essencial para a realização deste, me auxiliando na formatação.

A minha família, em especial Tia Graça, que souberam compreender as minhas ausências em virtude da minha formação acadêmica.

A minha querida avó D. Inêz (em memória) que sempre me apoiou e acreditou no meu sonho.

Aos meus mestres que me acompanharam durante essa jornada.

E a todos os meus colegas de sala que estiveram comigo durante esses cinco anos de faculdade.

Muito Obrigada!

RESUMO

O presente trabalho científico tem como escopo abordar a possível inconstitucionalidade do artigo 5º da Resolução 237/97, do CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, em razão de seu texto apresentar conflito com o prescrito no artigo 23, VI, Parágrafo Único da Constituição da República de 1988. Ocorre que o artigo constitucional atribui aos entes federativos competência comum para a proteção ao meio ambiente, designando que estas medidas de proteção sejam regulamentadas por leis complementares. Porém, o artigo 5º, da resolução citada vem normatizar sobre a competência para o exercício da emissão de licenciamento ambiental, além de trazer em seu corpo um rol de hipóteses em que cada órgão ambiental poderá emití-lo, engessando, dessa forma, o dever atribuído pela Constituição da República de proteger e criar medidas na tutela do meio ambiente. Feitas essas observações, vislumbra-se a possível inconstitucionalidade formal da norma a ser arguida, uma vez que o dispositivo a ser abordado não tem competência para inovar ou criar leis e, sim cumprir estritamente o que descreve o texto legal. De modo que é permitido às resoluções complementar regulamentos e ao criar direito e deveres está ferindo o princípio da legalidade e, muito embora o CONAMA, tenha sido criado pela Lei nº 6.938 de 1981, atribuindo-lhe poder para deliberar sobre normas ambientais, o artigo 25 da ADCT revoga o poder normativo dos órgãos executivos concebidos antes da Constituição Federal. Sendo, portanto, o CONAMA um órgão instituído por lei anterior à Constituição da República, fica impedido de criar normas. Desse modo, não pode os entes federativos serem privados de exercer o seu direito e dever à proteção ao meio ambiente por regulamentação de resolução administrativa, quando compete a lei complementar legislar acerca de assuntos relacionados a esta matéria.

Palavras-chave: inconstitucionalidade formal; licenciamento ambiental; competência legislativa; princípio da legalidade, princípio da supremacia da Constituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	09
CAPÍTULO I – DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS	14
1.1 Da Constituição da República de 1988	14
1.2 Da competência concorrente	18
1.2.1 Competência privativa	20
1.2.3 Competência legislativa do ente federativo	22
1.2.4 Competência material comum ao ente federativo	23
CAPÍTULO II – O LICENCIAMENTO AMBIENTAL	25
2.1 O licenciamento ambiental	25
2.2 Dos tipos de licenciamento ambiental	29
CAPÍTULO III – O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE – CONAMA ...	33
3.1 CONAMA - Conceito e atribuições	33
3.2 Das Resoluções	34
CAPÍTULO IV – A INCOSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA RESOLUÇÃO Nº 237/97 DO CONAMA	36
4.1 Princípio da supremacia da Constituição	36
4.2 Princípio da legalidade na Administração Pública	37
4.3. Da inconstitucionalidade formal	40
4.3.1 Análise do artigo 5º da Resolução nº 237/97 do CONAMA	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico pretende contribuir para assegurar a eficácia de medidas protetivas ao meio ambiente, tentando estudar a efetividade na emissão de licenças ambientais. Para isso, faz mister o estudo da possível inconstitucionalidade do artigo 5º da Resolução 237/97 do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, em razão do artigo 5º, VI, parágrafo único da Constituição da República de 1988.

A análise do artigo citado induz ao seguinte questionamento: Ao designar critérios para o exercício da competência do licenciamento ambiental, o artigo 5º da Resolução nº 237/97, do CONAMA, fere a atribuição de competência prescrita no artigo 23, VI, parágrafo único da Constituição da República de 1988, tornando-se por isso inconstitucional?

O problema exposto, faz necessário, à investigação dos aspectos jurídicos probatórios da possível inconstitucionalidade do artigo 5º da Resolução 237/97 do CONAMA, nos incumbindo ainda de investigar a Lei nº 6.938/81 – Lei que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, referente à criação do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

Realizaremos também um detalhado estudo sobre o licenciamento ambiental, além de pesquisas sobre as atribuições das resoluções e competência legislativa dos entes federativos.

Faz-se mister, ainda, afim de apresentarmos uma resposta ao problema proposto, promover um estudo detalhado dos princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, sempre buscando o ensinamento doutrinário e jurisprudências que embasam o tema abordado, além de buscar entendimentos divergentes ao apresentado.

Veremos então que, quando a Constituição da República atribui aos entes federados competência para exercer medidas preventivas ao meio ambiente, não é aceitável que uma resolução, sem a devida competência constitucional, extrapole suas atribuições legais e legisle sobre condições para o cumprimento de medidas estabelecidas pela Constituição Federal, pois ao impor esse condicionamento,

estará contradizendo a legitimidade garantida aos entes federativos, afrontando assim a sua autonomia, além de notoriamente ferir o princípio da legalidade.

A fim de analisarmos o tema apresentado, o presente trabalho científico terá como base para a realização de estudos a pesquisa teórico-dogmática, uma vez que efetuaremos uma pesquisa sustentada exclusivamente por doutrinas, legislações e jurisprudências. Constataremos a possível inconstitucionalidade do artigo 5º, da Resolução nº237/97 do CONAMA, analisando a legislação em vigor e consultando diferentes obras doutrinárias e artigos científicos.

O setor de conhecimento da pesquisa a ser realizada será de natureza transdisciplinar, uma vez que, será necessário a análise de diferentes ramos do direito, sendo estes, o Direito Constitucional, o Direito Ambiental e o Direito Administrativo. Dessa forma, buscaremos o posicionamento de cada ramo jurídico a respeito do tema arguido, com o intuito de pacificar nosso entendimento, com base na posição doutrinária predominante.

Nosso trabalho monográfico é dividido em quatro capítulos, O primeiro sob o título “Das Competências Federativas”, pesquisará sobre a Constituição da República, abordará a competência legislativa cabível aos entes federados e analisará a competência material comum, assim como a privativa e concorrente.

Já o segundo, intitulado “O Licenciamento Ambiental”, abordaremos sobre as espécies de licenciamento ambiental, conceituando-as e demonstrando em quais situações são utilizadas.

No terceiro capítulo, intitulado “O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA”, estudaremos o órgão administrativo CONAMA, veremos sobre a sua criação, conceituando e analisando suas atribuições. Aprofundaremos ainda no estudo das resoluções, definindo quais são as suas competências.

Por fim, no quarto e último capítulo, denominado “A Inconstitucionalidade do artigo 5º da Resolução nº 237/97 do CONAMA”, esboçará os argumentos que fundamentam a hipótese de inconstitucionalidade da citada resolução, para isso, faremos o estudo do princípio da supremacia da Constituição e o princípio da legalidade, demonstrando por meio destes, a provável existência da inconstitucionalidade, expondo qual a espécie desta, tratando da controvérsia existente entre o dispositivo constitucional e o artigo em estudo.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A compreensão da expressão meio ambiente é fundamental para o estudo do licenciamento ambiental. Em sentido amplo, Maria Helena Diniz nos traz a seguinte definição:

MEIO AMBIENTE: Direito Ambiental- 1. Habitat, ou seja, lugar onde se vive sob influência das leis físicas e naturais, cuja a fauna e flora devem ser preservados, devendo-se para tanto combater a poluição e as práticas que possam ser lesivas a elas, sob pena de responsabilidade civil e penal. 2. É a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana (José Afonso da Silva). 3. Conjunto de condições, leis, influências e intervenções de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. É, por isso, um patrimônio público preservado.¹

De uma forma restrita, a Lei nº 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, traz em seu artigo 3º, inciso I, a seguinte definição para meio ambiente, “[...], 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”.²

Veremos ainda que a Constituição da República de 1988 elenca em seu artigo 225, *caput*, o direito da coletividade ao meio ambiente, esboçando o dever da proteção:

Art.225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.³

¹DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.245.

²BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm. Acesso em 23 de outubro de 2011.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

Visando ainda a proteção do meio ambiente, instituída pela Constituição da República, a legislação atribui a determinados órgãos competência para a emissão de licenças ambientais.

Essa emissão de licenças ambientais é regulamentada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, responsável pela expedição da Resolução nº 237/97. Trata-se de um órgão deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA. Sua concepção se deu com o advento da Lei nº 6.938/81, artigo 6º, inciso II, com a seguinte redação:

II – órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.⁴

Nota-se que o CONAMA é um órgão detentor de poder regulamentar ou normativo, devendo expressa obediência à lei, não podendo em hipótese alguma inovar, modificar ou criar leis em nosso ordenamento jurídico. Portanto, deve seguir estritamente o prescrito em lei, respeitando, dessa forma, o princípio da supremacia da Constituição e, o princípio basilar da administração pública, a saber, o princípio da legalidade.

Acontece que, o CONAMA, traz na Resolução nº 237/97, artigo 5º, competências aos órgãos ambientais dos Estados e Distrito Federal para a emissão de licenciamentos ambientais de empreendimento e atividades determinados em um rol de quatro incisos, sendo esta, uma das formas de ação preventiva ao meio ambiente. É o dispositivo legal:

Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:
I – localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

⁴BRASÍLIA. *Política Nacional do Meio Ambiente*, Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm. Acesso em 06 de maio de 2011.

- II – localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;
- III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais municípios;
- IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.⁵

Todavia, a Constituição da República prevê em seu artigo 23, VI parágrafo único, a competência comum dos entes federativos e o exercício de medidas preventivas do meio ambiente, devendo as mesmas, serem regulamentadas por meio de leis complementares, havendo assim, uma cooperação entre os entes federados. É o dispositivo constitucional:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional⁶.

Com base em tal dispositivo, notamos que a Resolução citada, é dotada de inconstitucionalidade formal. Ora, a Constituição Federal deixa bem claro que cabe aos entes federados o exercício de medidas preventivas ao meio ambiente, não podendo existir entre eles hierarquia, não sendo permitido a existência de hipóteses em que cada ente poderá exercer seu direito e dever de adotar ações preventivas ao meio ambiente, que no caso em análise, é o licenciamento ambiental. O art. 23 da Constituição da República atribui aos entes federados competência comum, ficando explícito, que todos os entes federativos tem competência para instituir o licenciamento ambiental, sem que haja limites ou condições para que exerçam medidas preventivas atribuídas pela Lei Maior.

⁵ BRASIL. *Resolução CONAMA nº 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 06 de outubro de 2011.

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2002.

Acontece que, a Constituição Federal instituiu a criação de leis complementares para a regularização da competência comum aos entes federativos e não a resoluções, que devido ao princípio da legalidade, não podem inovar na criação de leis.

De acordo com Leme Machado:

O art. 23 trata, entre outras matérias, da função administrativa das pessoas jurídicas de Direito Público que compõem a República Federativa do Brasil. A competência é, ao mesmo tempo, direito e dever dos entes federados. O licenciamento ambiental é uma das formas de exercer a competência comum.⁷

Ainda com relação à inconstitucionalidade do artigo 5º da Resolução nº 237/97 do CONAMA, continua Leme Machado:

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, através da Resolução 237, de 19.12.97 (DOU 22.12.97, Seção 1, p. 30.841) procurou partilhar a competência ambiental administrativa, dispondo sobre o licenciamento ambiental a ser feito pelo IBAMA (art. 4º), estabeleceu as competências dos Estados e do Distrito Federal (art. 5º), determinou a área de competência dos Municípios (art. 6º) e estabeleceu que “os empreendimentos e atividades serão licenciados em um nível de competência” (art. 7º).⁸

Salienta ainda que:

A lei federal ordinária não pode retirar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderes que constitucionalmente lhes são atribuídos. Assim, é de se entender que o art. 10 da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo (art. 23, parágrafo único, da CF); e nem a Resolução CONAMA-237/1997 poderia estabelecer um licenciamento único. Enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para a cooperação entre essas

⁷LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 277.

⁸LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119.

peças jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo, têm competências e interesse de intervir nos licenciamentos ambientais⁹.

Portanto, o citado doutrinador, assevera que a Resolução em questão é inconstitucional, uma vez que contradiz o disposto em nossa Lei Maior, sendo assim, inconstitucional.

Sendo o artigo 5º da Resolução supostamente inconstitucional, analisaremos de qual espécie de inconstitucionalidade é dotado.

Quanto às espécies de inconstitucionalidade, destacamos a decorrente de vício formal ou de vício material. De acordo com Pedro Lenza, “por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo”.¹⁰

Já a inconstitucionalidade formal, ocorre quando a vício na criação da lei e não em sua matéria, e constatamos que o órgão CONAMA pecou ao legislar sobre algo que não era atribuído à sua competência, contradizendo com o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da legalidade. A esse respeito, Gilmar Mendes assevera que, “os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.”¹¹

Portanto, concluímos que o CONAMA, ao legislar e atribuir competências para o exercício da emissão de licenças ambientais, em sua Resolução nº237/97, artigo 5º, fere o prescrito no artigo 23, VI, parágrafo único, da Constituição da República, sendo o artigo da citada Resolução eivado de inconstitucionalidade formal.

⁹LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 277.

¹⁰LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, 200, p.164.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva p. 1011.

CAPÍTULO I – DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

1.1 Da Constituição da República de 1988

Há tempos se tem a noção que em um ordenamento jurídico há uma lei maior que organiza as matérias regulamentadas pelas demais leis, essa lei fundamental é chamada de Constituição.

Mas para chegar a concepção que se tem hoje de Constituição percorreu-se um longo caminho, onde Manoel Gonçalves Ferreira Filho, leciona em sua obra *Curso de Direito Constitucional* que a idéia de Constituição escrita “é uma criação coletiva apoiada em precedentes histórico e doutrinários.”¹² Nota-se que a origem das Constituições se deu através dos fatos vividos ao longo da história e ensinamentos de grandes doutrinadores.

Deve-se ainda, para se chegar ao conceito de Constituição, analisar o constitucionalismo, onde há no universo jurídico uma lei fundamental escrita a ser seguida pelas demais legislações, lei esta que apresenta atribuições aos governos, limitando o seu poder, regulamentando ainda os direitos fundamentais. É o que ensina Alexandre de Moraes, em sua doutrina *Direito Constitucional*:

Tem, pois, por objeto a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer a sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.¹³

Reforça ainda Ferreira Filho que o constitucionalismo “visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetido a Constituições escritas”¹⁴.

Dessa forma, o doutrinador Paulo Bonavides apresenta o seguinte conceito de Constituição em sentido material:

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. . São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. . São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

(...) a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, a distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.¹⁵

Dessa forma, vê-se que Constituição é um conjunto de normas que regulamentam os direitos e garantias fundamentais, além de estabelecer limites aos poderes dos governos.

As constituições são classificadas em materiais ou formais; escritas ou não escritas; dogmáticas ou históricas; imutáveis, rígidas, flexíveis ou semi – rígidas e analíticas ou sintéticas.

Quanto ao conteúdo a constituição será material quando houver normas materialmente constitucionais escritas ou não reunidas em uma única carta. Alexandre Moraes preleciona que a “Constituição material consiste no conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento (...)”¹⁶. Ou formal quando existir um conjunto de normas escritas reunidas em um documento oriundo do poder constituinte originário, nesse sentido Moraes diz que “a Constituição formal é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário”¹⁷.

No tocante a forma a Constituição será escrita quando um conjunto de regras é positivado e promulgado pelo poder constituinte originário, se tornando a Lei Maior de um Estado, onde as demais legislações deveram seguir suas normas, não as contrariando. O doutrinador Alexandre Moraes conceitua Constituição escrita como:

(...) o conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, para fixar se a organização fundamental, (...) Constituição escrita, portanto, é o mais alto estatuto jurídico de determinada comunidade, caracterizando-se por ser a lei fundamental de uma sociedade.¹⁸

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso Direito Constitucional*. 8. ed. . São Paulo: Malheiros, 1998, p. 63.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

Ferreira Filho reforça ainda que Constituição escrita é aquela “cujas regras se contêm num documento elaborado para fixar a organização fundamental.”¹⁹

E será considerada uma Constituição não – escrita as normas que variam em escritas e costumeiras, ainda com base em Moraes as Constituições não – escritas são aquelas onde “o conjunto de regras não aglutinado em um texto solene, mas baseado em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções (exemplo: a Constituição inglesa).”²⁰.

De acordo com o doutrinador acima citado, quanto ao modo de elaboração uma Constituição será dogmática quando “(...) se apresenta como produto escrito e sistematizado por um órgão constituinte, a partir de princípios e idéias fundamentais da teoria política e do direito dominante (...)”²¹ e histórica quando “é fruto da lenta e continua síntese da História e tradições de um determinado povo (exemplo: Constituição inglesa)”²². Vê-se, então, que quando se tem como pilares um histórico baseado em acontecimentos históricos de uma determinada nação a Constituição será histórica, como apresentou Alexandre Moraes, e quando, a Constituição for concepção do constituinte originário, baseando-se em princípios e dogmas será denominada dogmática.

Com relação a origem quando a Constituição for fruto da vontade de um poder soberano sem que haja a intervenção da população e sim apenas o interesse do governante, será chamada de Constituição outorgada, como ensina Paulo Bonavides com o seguinte conceito “a Constituição outorgada é ato unilateral de uma vontade política soberana – a do outorgante (...)”²³ Alexandre Moraes diz ainda que as Constituições outorgadas são “(...)elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época (...)”²⁴. Já as Constituições promulgadas são aquelas oriundas da vontade popular, onde o povo elege, fazendo uso da democracia, os seus representantes que serão incumbidos de expressar a vontade popular na elaboração da Carta Magna.

È o que leciona Alexandre de Moraes com relação as Constituições promulgadas “são promulgadas, também denominadas democráticas ou populares,

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. . São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13.

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

²² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. . São Paulo: Malheiros, 1999, p. 71.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5..

as Constituições que derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração”²⁵, na mesma linha de pensamento Bonavides conceitua como “aquelas que exprimem em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governantes e traduzir a vontade soberana do povo.”²⁶

Já uma Constituição imutável é aquela que não poderá sofrer modificações no corpo de seus textos, onde seus dispositivos permanecerão intactos sem que haja a possibilidade de alguma revisão ou alteração. A Constituição rígida diferente da imutável poderá ser alterada, porém, para que isso ocorra é necessário que passe por um processo extremamente complexo e alta dificuldade para que seja autorizado a modificação de seus dispositivos legais. No tocante a Constituição flexível, poderá ser modificada através de um processo legislativo, mais simplificado. E a Constituição semi-rígida é aquela que alguns de seus dispositivos poderão sofrer alteração através do processo legislativo ordinário enquanto outros somente poderão sofrer modificações por meio de processo mais rígido.

Á respeito da estabilidade das Constituições, Alexandre Moraes saliente que:

São imutáveis as Constituições onde se veda qualquer alteração. (...) Rígidas são Constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para as demais espécies normativas (...), por sua vez, as Constituições flexíveis, em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário. Como meio-termo entre as duas anteriores, surge a Constituição semiflexível ou semi-rígida, na qual algumas regras poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo especial e mais dificultoso. (...) ²⁷

E por fim será analítica se apresentar em seu rol um conjunto de normas jurídicas referentes à constituição de um Estado, como preleciona Alexandre Moraes que diz que as Constituições analíticas “examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam referente a sua formação, destinação e funcionamento do Estado (...)”²⁸, com relação a Constituição sintética, o doutrinador citado ainda ressalta que “as constituições sintéticas prevêm somente os princípios e a normas

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. . São Paulo: Malheiros, 1999, p. 73.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

gerais de regência do Estado, organizando e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (...)"²⁹.

Com o entendimento do que seja Constituição, torna-se viável a classificação da Constituição da República de 1988, onde esta é, formal, escrita, dogmática, promulgada, rígida, analítica e semi-rígida.

A Constituição da República de 1988 define em seu art. 1º que “a Constituição da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)"³⁰ e ao estabelecer os entes federativos, cria uma repartição de competências entre os mesmos, que de acordo com Gilmar Mendes “consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria.”³¹. Dessa forma, a Constituição da República de 1988 define entre os entes federados qual competência lhe é cabível, como reforça Moraes com o seguinte texto:

A própria Constituição Federal estabelecerá as matérias próprias de cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e a partir disso poderá acentuar a centralização de poder, ora na própria Federação, ora nos Estados-Membros.³²

Trataremos a seguir das competências dos entes federados.

1.2 Competência Concorrente

A Constituição da República de 1988 estabelece em seu artigo 24 a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, é o texto legal:

²⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 799.

³² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284.

Art.24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II – orçamento;

III – juntas comerciais;

IV – custas e serviços forenses;

V – produção e consumo;

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

X – criação funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;³³

Dizendo ainda

XI – procedimentos em matéria processual;

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII – assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV – proteção à infância e à juventude;

XVI – organização, garantias, deveres das políticas civis

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.³⁴

O dispositivo legal define quais as matérias à serem tratadas pelos entes federativos, como mostra Gilmar Mendes que “o art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente (...)”³⁵. Moraes explica ainda que “o art. 24 da Constituição Federal prevê as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específicas por essas”.³⁶

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

³⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 820.

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294.

Dessa forma, nota-se que as matérias impostas no dispositivo constitucional quando se tratar de normas gerais será de competência da União, e não existindo Lei Federal que regulamente norma geral o Estado terá competência para normatizar a matéria de necessária. Nesse sentido, Gilmar Mendes leciona que:

A divisão de tarefas esta contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai e cabe à União editar normas gerais – i. é, normas não – exaustivas, leis-quadro, princípio amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-Membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprimir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna quando que os Estados ou Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existentes. Na falta completa da lei com normas gerais, o Estado pode legislar amplamente, suprimindo na inexistência do diploma federal. Se a União vier a editar a norma geral faltante, fica suspensa a eficácia da lei estadual, no que contrariar alvitre federal. Opera-se, então, um bloqueio de competência uma vez que o Estado não mais poderá legislar sobre as normas gerais, como lhe era dado ate ali. Caberá ao Estado, depois disso, minudenciar a legislação expedida pelo Congresso Nacional.³⁷

1.2.1 Competência Privativa

A competência privativa está inserida no art. 22 da Constituição Federal, seu texto traz a seguinte redação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
 I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
 II - desapropriação;
 III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
 IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
 V - serviço postal;
 VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
 VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
 VIII - comércio exterior e interestadual;
 IX - diretrizes da política nacional de transportes;
 X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
 XI - trânsito e transporte;³⁸

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 820-821.

³⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2002.

Ressalta ainda as seguintes matérias:

- XII- jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
- XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;
- XIV - populações indígenas;
- XV- emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
- XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
- XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
- XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
- XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
- XX - sistemas de consórcios e sorteios;³⁹

Incluindo os seguintes incisos em seu rol:

- XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
- XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
- XXIII - seguridade social;
- XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;
- XXV - registros públicos;
- XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
- XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;⁴⁰

Completando ainda:

- XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
- XXIX - propaganda comercial. Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.⁴¹

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2002.

⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2002.

⁴¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2002.

Além desse rol, onde é determinado as matérias privativas da União, há também o artigo 48 da Carta Magna, que estabelece competências privativas da União.

O dispositivo constitucional acima citado incumbe a União a competência para tratar de assuntos de interesse social da Nação, como por exemplo legislar sobre as atividade nucleares, não sendo permitido aos demais entes federados que regulamentem tais matérias e sim apenas à União.

Nesse sentido, Mendes nos diz que “os assuntos mais relevantes e de interesse comum à vida social no País nos seus vários rincões estão enumerados no catálogo do art. 22 da CF.”⁴².

Já o parágrafo único do art. 22 da Lei Maior permite que a União através de lei complementar federal delegue competência aos Estados para legislar sobre as matérias contidas em nos incisos do artigo estudado.

1.2.3 Da Competência Legislativa do Ente Federativo

O art. 24 da Constituição Federal traz no teor de seu texto a regulamentação da competência legislativa, incumbindo à União, Estados e ao Distrito Federal o dever de legislar concorrentemente sobre determinadas matérias expostas em seus incisos, onde a União legislará sobre normas gerais, e quando esta não o fizer deixando lacunas, caberá aos Estados e ao Distrito Federal a concepção da norma geral inexistente como impõe os parágrafos do artigo 24.

Essa competência estabelecida pela Carta Magna, promove aos entes federados igual possibilidade de atuar em normas cuja as matérias estão explícitas no art. 24 da CR/88, ou seja ambos tem competência na criação de determinadas normas, como ensina o Ministro Celso de Mello:

A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24) estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal, daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre as

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 818.

peçoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, §1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º), (...) deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em inexistindo lei federal sobre normas gerais, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que para atender as suas peculiaridades (CF, 24, § 3º)⁴³

Eduardo Cambi reforça ainda que:

(...) a Constituição prevê dois níveis de exercício dessa competência legislativa: um primeiro nível, reservado à União, que pode legislar sobre normas gerais, e um segundo nível, aos Estados-membros e ao Distrito Federal que ditam normas especiais de complementação às normas gerais ou – na ausência destas ou em nelas havendo lacunas não intencionais – de suplementação.⁴⁴

Portanto, vê-se o dispositivo constitucional acima citado, prevê que todos os entes federativos tem competência para legislar em determinada matéria, sendo a União detentora da primazia para editar as normas gerais, sendo garantido aos Estados e Distrito Federal a autorização para suprir as matérias que forem de seu interesse não normatizada pela União.

1.2.4 Da Competência material comum ao ente federativo

No tocante a competência material comum, encontra-se sua legitimação no art. 23 da Constituição Federal, onde atribui à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a possibilidade de organizar e executar serviços, não havendo restrições aos entes federativos quanto a suas ações nas hipóteses contidas no dispositivo constitucional.

Admitindo-se, dessa forma, a todos os entes federados o exercício das atividades contidas no rol do art. 23 da CR/88, é o que nos mostra Beltrão,

⁴³ STF, *Medida Cautelar em ADI 2.667/DF*, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo339.htm>. Acesso em 26 de outubro de 2011.

⁴⁴ CAMBI, Eduardo, “Normas gerais e a fixação da competência concorrente na Federação brasileira”. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 92, abr./jun., 2000. p. 251.

posicionando-se que “a competência comum, também denominada cumulativa ou paralela, é a exercida de forma igualitária por todos os entes que compõem uma federação, sem exclusão de nenhum.”⁴⁵

Nota-se, então, que qualquer um dos entes federados pode agir nas competências definidas pelo dispositivo constitucional pesquisado.

Além do rol de incisos do art. 23, tem-se ainda o seu parágrafo único que diz “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”⁴⁶ Viabilizando assim a existência de leis que tratem da matérias contidas nos incisos do dispositivo constitucional, possibilitando a cooperação entre os entes federativos.

Nesse sentido, Machado explica que:

a lei complementar, com base no artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal, deve ter como fundamento a mútua ajuda dos entes federados. Dessa forma, essa lei não visa, e não pode visar à diminuição da autonomia desses entes, despojando-os de prerrogativas e de iniciativas que constitucionalmente possuem, ainda que não as exerçam, por falta de meios ou de conscientização política. Não é função da lei federal mencionada estabelecer prazos para os procedimentos administrativos estaduais e municipais, pois esta matéria integra a organização administrativa desses entes.⁴⁷

Portanto, as leis complementares editadas visarão um cooperativismo entre os entes federais, afim de organizar as matérias de sua competência.

⁴⁵ BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. “A competência dos Estados federados em meio ambiente a partir da ordem constitucional de 1988”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 159, jul./set., 2003, p. 08.

⁴⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2002.

⁴⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. “Competência comum, concorrente e supletiva em matéria de meio ambiente”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 131, jul./set., 1996, p.173.

CAPÍTULO II - O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

2.1 O Licenciamento Ambiental

Existe no meio doutrinário uma divergência em relação ao termo licença e autorização no Direito Ambiental.

Segundo Barros e Johnston, em artigo científico, licença ambiental é:

No que toca ao conceito do licenciamento, ter-se-ia ato administrativo vinculado aos termos específicos da Lei, se existentes todos os pré-requisitos exigidos, torna-se obrigatória a concessão da mesma pela autoridade, perfaz direito da parte se encontrados os requisitos autorizadores. A suspensão ou extinção da dita licença depende de descumprimento de requisito autorizador da mesma e não só do bel-prazer do administrador.⁴⁸

Édis Milaré, afirma ainda, que licença “(...) é o ato administrativo vinculado e definitivo, que implica a obrigação de o Poder Público atender a súplica do interessado, uma vez atendidos, exaustivamente, os requisitos legais pertinentes (...)”⁴⁹

E de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, licença:

È o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o procedimento dos requisitos legais exigidos (...). Uma vez cumpridas as exigências legais, a Administração não pode negá-la. Daí seu caráter vinculado, distinguindo-se, assim da autorização.⁵⁰

⁴⁸ CORREIA SOBRINHO, Adelgício de Barros; ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. *Licenciamento ambiental: uma visão simplificada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2523>>. Acesso em: 29 agosto 2011.

⁴⁹ MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. Ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 419.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 426.

Já por autorização, o doutrinador referido acima, entende como sendo, “(...) o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo como regra, caráter precário.”⁵¹

Cretella Jr. Diz que autorização é:

o ato administrativo discricionário e precário mediante o qual a autoridade competente faculta ao administrado, em casos concretos, o exercício ou a aquisição de um direito, em outras circunstâncias, sem tal pronunciamento, proibido.⁵²

E de acordo com a redação do art. 1º, II da Resolução 237/97 do Conama, licença ambiental é:

Ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.⁵³

Ainda no tocante a licença ambiental, é necessário observar-se o prescrito no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, onde define que, “(...) é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.⁵⁴

Feita essas considerações, chega-se a conclusão que o termo correto a ser utilizado para licenciamento ambiental é o de autorização ambiental, uma vez que esta, como vê-se, admite a faculdade da Administração Pública permitir ou não a

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 426.

⁵² CRETILLA JR, José. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 239.

⁵³ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

realização de certa atividade econômica. Ao contrário da licença que, observado o cumprimento de todos os preceitos legais, não pode negar a atividade pretendida. E como a “licença” ambiental pode ou não ser concedida, filiamo-nos às idéias sustentadas por Paulo Affonso Leme Machado, que em sua obra “Direito Ambiental Brasileiro”, defende que o termo correto é autorização argumentando que:

A CF utilizou o termo “autorização” em seu Tít. VII - Da Ordem Econômica e Financeira, dizendo no art. 170, parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Dessa forma, razoável é concluir que o sistema de licenciamento ambiental passa a ser feito pelo sistema de autorizações, conforme entendeu o texto constitucional.⁵⁵

Porém, salienta-se que, embora tenha-se chegado à conclusão que o termo correto é autorização, utilizaremos, para fins didáticos a expressão licença, a exemplo de Machado, que diz, “empregarei a expressão “licenciamento ambiental” como equivalente a “autorização ambiental”, mesmo quando o termo utilizado seja simplesmente “licença”.⁵⁶

Dessa forma, entende-se que licenciamento ambiental é com base no art. 1º, I da Resolução 237/87 do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente:

(...)procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.⁵⁷

E ainda embasado no mestre Édís Milaré:

⁵⁵ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 275.

⁵⁶ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.275.

⁵⁷ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

(...) o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.⁵⁸

Portanto, nota-se que licenciamento ambiental é um instrumento de utilização da Administração Pública para exercer a proteção ao meio ambiente, ou seja, toda vez que houver alguma atividade econômica que causar algum dano ambiental, esta deverá possuir uma autorização ou uma licença ambiental para que possa exercer suas atividades.

Para que haja a concessão das licenças ambientais é de suma importância que seja atendidas todas as exigências legais. A emissão de licenciamento ambiental é dividida em três etapas, a primeira é a licença prévia, a segunda é a licença de localização e a terceira a licença de operação. O prazo para a concessão das licenças citadas é regulamentado pela Resolução 237/97 do CONAMA em seu art. 14:

O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de análises diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO), em função das peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como para a formulação de exigências complementares, desde que observado o prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento, ressalvados os casos em que houver EIA/RIMA e/ou audiência pública, quando o prazo será de até 12 (doze) meses.⁵⁹

Ressalva-se que em todas as modalidades de licenças deve buscar a proteção ao meio ambiente, sendo que, as atividades que possam vir causar algum dano ou degradação ao meio ambiente estão relacionadas em anexos contidos na Resolução 237/97 do CONAMA.

⁵⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 420

⁵⁹ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

1.1 Dos tipos de licenciamento ambiental

As modalidades de licenças necessárias para a concessão do licenciamento ambiental estão descritas no rol do art. 8º da Resolução 237/97 do CONAMA, é o texto legal:

Art. 8º- O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:
I – Licença Prévia (LP) (...)
II – Licença de Instalação (LI) (...)
III – Licença de Operação (LO) (...) ⁶⁰

Inicialmente é necessário a concessão da licença prévia, que será emitida após analisar o projeto da atividade econômica, aprovando para isso, a localização e estipulando as exigências necessárias para as próximas etapas da atividade empreendedora, é o que nos mostra o art. 8º, I da Resolução 237/97 do CONAMA:

Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação; (...) ⁶¹

Milaré leciona que licença prévia é:

(...)ato pelo qual o administrador aprova a localização e a concepção do empreendimento na atividade, atestando a sua viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nos próximos passos de sua suplementação. ⁶²

⁶⁰ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

⁶¹ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

⁶² MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 422.

Paulo de Bessa Antunes diz ainda que:

I - Licença Prévia (LP), na fase preliminar do planejamento da atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais do uso do solo.⁶³

No tocante ao prazo de validade da licença prévia, de acordo com o art. 8º, I “(...) deverá ser, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos”.⁶⁴

Nota-se, que o objetivo da licença prévia é garantir que a atividade a ser realizada, não degradará ou degradará o mínimo possível o meio ambiente, tornando se viável a realização de suas próximas etapas.

Uma vez concedida a licença prévia, faz mister, a concessão da licença de instalação, encontra-se tipificada no art. 8º, II da Resolução 237/97 do CONAMA, sua redação diz que:

II – Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante.⁶⁵

A licença de instalação é a segunda fase para a concessão do licenciamento ambiental, onde, é necessário antes de iniciar as obras do empreendimento ou da

⁶³ BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.144.

⁶⁴ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

⁶⁵ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

atividade econômica a análise do projeto para comprovar se é viável ao meio ambiente.

Milaré diz que a licença de instalação:

(...) expressa consentimento para o início da implementação do empreendimento ou atividade, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes.⁶⁶

E Bessa Antunes diz que “licença de instalação (LI), autorizando o início da implementação, de acordo com as especificações constantes do projeto executivo aprovado.”⁶⁷.

Dessa forma, vê-se que, a licença de instalação é concedida após análise dos planos, programas e projetos, e sendo estes aprovados, concede a autorização para iniciar a construção da obra.

E com base no artigo 8º, II da Resolução 237/97 do CONAMA, a licença de instalação terá um prazo de validade que será “ (...) no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos.”⁶⁸

Após a concessão da licença de instalação, é exigido ainda a concessão da licença de operação. A emissão da LO permite que as atividades econômicas, estando de acordo com a licença prévia e a licença de instalação, sejam iniciadas, seu objetivo é fazer com que a atividade a ser exercida esteja em harmonia com o meio ambiente, impondo condições para que a atividade econômica possa ter funcionamento.

A licença de operação está positivada no art. 8º, III da Resolução 237/97 do CONAMA, onde diz que “licença de operação (LO) – autoriza a operação do efetivo

⁶⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 422.

⁶⁷ BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.144.

⁶⁸ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.”⁶⁹

Paulo de Bessa Antunes explica que

Licença de Operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início de atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com previsto nas licenças prévia e de instalação.⁷⁰

Édis Milaré, leciona ainda que:

Licença de operação: manifesta concordância com a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta nas licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes então determinadas.⁷¹

Por fim, quanto ao prazo da licença de operação, o art. 8º em seu inciso III da Resolução 237/07 do CONAMA, estabelece que “(...) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, (4 anos) e, no máximo, 10 (dez) anos.”⁷²

Após a concessão das três modalidades de licenças, prévia, de instalação e de operação, é concedido o licenciamento ambiental.

⁶⁹ BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

⁷⁰ BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.144.

⁷¹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 422

⁷² BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

CAPITULO III – CONAMA – CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

3.1 CONAMA – Conceito e Atribuições

A Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece em seu art. 6º, II a criação do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, é o texto legal:

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:

II – órgão consultivo deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.⁷³

Nota-se que o dispositivo trouxe em seu corpo a definição do que é o CONAMA, um órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Bessa Antunes leciona que “o CONAMA, portanto, é uma entidade dotada de poder regulamentar em razão de expressa determinação legal.”⁷⁴.

As atribuições do CONAMA encontram-se no art. 8º da Lei nº 6.938/81, que dispõe que ao CONAMA caberá:

⁷³ BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm. Acesso em 23 de outubro de 2011.

⁷⁴ BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.100.

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

II – determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional.

III – (...)

IV – homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental;⁷⁵

Estabelecendo ainda:

V – determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos de crédito;

VI – estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e 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 hídricos⁷⁶

Esse rol portanto, descreve quais as atribuições do CONAMA.

3.2 Das Resoluções

As Resoluções são atos normativos que a Administração Pública utiliza para se manifestar, são concebidas pelas autoridades do Executivo, porém nunca o Chefe do Executivo, pois a este, caberá apenas a expedição de decretos.

Nesse sentido Hely Lopes Meirelles ensina que as resoluções são:

⁷⁵ BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm. Acesso em 23 de outubro de 2011.

⁷⁶ BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm. Acesso em 23 de outubro de 2011.

(...) atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admite-se resoluções individuais.⁷⁷

Maria Sylvia Zanella destaca que “ resolução e portaria são formas de que se revestem os atos gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo”.⁷⁸

Temos ainda os ensinamentos de Edimur Ferreira de Faria que diz “as resoluções são atos regulamentares, de categoria inferior ao decreto regulamentar, utilizados pelos Secretários de Estado”.⁷⁹

Hely Lopes explica ainda que “as resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los”⁸⁰.

Alexandre de Moraes, assevera nesse sentido que:

As resoluções constituem, igualmente as demais espécies previstas no art. 59 da Constituição Federal, atos normativos primários, e disporá sobre a regulamentação de determinada matéria pelo Congresso Nacional não incluídas no campo de incidência nos decretos legislativos (art. 49 e 62, § I a 12 da CF) e da lei, além das matérias privativas da Câmara dos Deputados (art. 51 da CF) e do Senado Federal (art. 52 da CF).⁸¹

Dessa forma, observa-se que, as resoluções são atos normativos da Administração Pública, de modo que são hierarquicamente inferiores aos regulamentos e regimentos, e a estes não deve contrariar, lhes sendo permitido apenas explicar ou complementar os regulamentos.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes . *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.166.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p.233.

⁷⁹ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 5. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.189.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes . *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.166.

⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.724.

CAPÍTULO IV – A INCOSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA RESOLUÇÃO Nº 237/97 DO CONAMA

4.1 Princípio da supremacia da Constituição

A Constituição é a Lei Maior de um Estado, de uma Nação, pois regulamenta em um conjunto de regras as ações humanas, direitos humanos, a organização de todo um Estado, sendo dessa forma, superior a demais leis infraconstitucionais, devendo estas, estarem sempre de acordo com o que prescreve as normas constitucionais.

O doutrinador José Afonso da Silva leciona nesse sentido que;

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como fim, a realização de valores que apontam para o existir da comunidade; e; finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.⁸²

Desse modo, todas as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com a constituição, não a contrariando, e caso isso ocorra, será dotada de inconstitucionalidade.

Essa obediência as normas constitucionais, é protegida pelo princípio da supremacia da constituição, princípio este que não permite que alguma outra norma regulamente matérias que contradizem a Carta Magna, fazendo com que o legislador sempre observe o prescrito na constituição de um Estado.

Acerca desse assunto José Afonso da Silva assevera ainda que:

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

⁸² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34. ed. São Paulo; Malheiros, 2010, p. 39.

o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.⁸³

Marcelo Novelino, explica, que o princípio da supremacia da Constituição:

(...) não disponibiliza nenhum critério interpretativo específico, mas deve ser considerado como premissa para a interpretação quando o ordenamento for encabeçado por uma Constituição rígida. Neste caso, toda interpretação normativa vai ter como pressuposto a superioridade jurídica e axiologia da Constituição. Em razão da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico incompatível com a Lei Maior pode ser considerado como válido.

No plano dogmático e positivo, a superioridade constitucional se traduz no estabelecimento da forma (competência, procedimentos...) e não do conteúdo dos atos normativos infraconstitucionais, que na hipótese de inobservância dos critérios constitucionalmente estabelecidos devem ser submetidos a um controle de constitucionalidade.

Além de impedir a violação positiva (por ação) da Constituição, o princípio da supremacia impõe, em certos casos, o dever de legislar, pois a omissão inconstitucional constitui uma violação negativa deste princípio.⁸⁴

Portanto, todas as demais leis devem seguir estritamente o que as normas constitucionais impõe, sem nunca deixar de observar seus preceitos e, uma vez que se encontrar legislações pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico divergentes da constituição, será essa, eivada de inconstitucionalidade.

4.2 Princípio da legalidade na Administração Pública

O princípio da legalidade, no âmbito constitucional, encontra amparo legal no art. 5º, II da Constituição da República, dizendo que; “(...) ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”⁸⁵

Por esse princípio, no tocante as garantias constitucionais, pode-se dizer que é o que garante uma maior segurança aos administrados, pois os atos decorrentes da Administração Pública deverá sempre ter um respaldo legal, não lhe sendo permitido atitudes que não estejam previstas em algum diploma legal do

⁸³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34. ed. São Paulo; Malheiros, 2010, p. 46.

⁸⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 187-188.

⁸⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

ordenamento jurídico. Possibilitando assim, regulamentar a ação dos administrados, ou seja, o povo e também a regulamentação do comportamento dos órgãos governamentais.

Isso é o que ensina Celso Ribeiro Bastos:

De um lado representa o marco avançado de Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas da quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da Legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último de antes da Revolução Francesa. Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva. De outro lado, o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja o Legislativo, obrigar os particulares.⁸⁶

Alexandre de Moraes complementa ainda que:

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão de vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. (...) portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem de vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a dele.⁸⁷

Já no âmbito administrativo, o princípio da legalidade encontra-se descrito no art. 37, *caput*, onde regula que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, publicidade e eficiência (...)”.⁸⁸

⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p.172.

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 45.

⁸⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

Na Administração Pública, tal princípio assume a finalidade de permitir ao administradores fazer tão somente o que for permitido em lei, não sendo permitido a Administração Pública impor aos administrados suas vontades. Dessa forma, nota-se que a Administração Pública só poderá agir quando existir alguma previsão legal, tornando-se, assim, estritamente vinculada à lei, só lhe sendo permitido agir em conformidade com as regulamentações legais.

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld, preleciona que:

A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. A Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Todo poder é da lei; apenas em nome da lei se pode impor obediência. Por isso, os agentes administrativos não dispõem de liberdade – existente somente para os indivíduos considerados como tais -, mas de competências, hauridas e limitadas na lei.⁸⁹

Hely Lopes Meirelles complementa ainda que “a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”.⁹⁰

E Celso Antônio Bandeira de Mello, acentua que o princípio da legalidade:

(...) é o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.⁹¹

Por tanto, todos os atos da Administração Pública, deve sempre obedecer os preceitos legais, não podendo nunca inovar ou modificar normas, limitando os seus atos normativos a autorização legal.

⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 78.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47.

4.4 Da Inconstitucionalidade Formal

Toda vez que uma norma infraconstitucional não observa os preceitos contidos nos dispositivos da Carta Magna, entrando em conflito com esta, seja total ou parcialmente, será dotada de inconstitucionalidade.

José Afonso da Silva, no tocante a inconstitucionalidade, ensina que:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.⁹²

Nesse sentido, Bonavides explica que:

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior aquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a qual corresponde por igual um hierarquia de órgãos.

A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da "superlegalidade constitucional", que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir nos sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essa leis reputariam-se nula, inaplicáveis, sem validade, inconsistente com a norma jurídica estabelecida.⁹³

Portanto, toda vez que, uma lei entrar em conflito com algum ou alguns dispositivos constitucionais, contrariando o que a Lei Maior prescreve, será inconstitucional, mesmo que seja incompatível apenas em parte.

⁹² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34. ed. São Paulo; Malheiros, 2010, p. 46.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 296-297.

No que diz respeito aos tipos de inconstitucionalidade, temos a inconstitucionalidade material e a inconstitucionalidade formal, dependendo do vício que a norma jurídica apresentar, assim assevera Gilmar Mendes, lecionando que “costuma-se proceder à distinção entre a inconstitucionalidade formal e material, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado.”⁹⁴

No tocante a inconstitucionalidade material, quando uma norma jurídica apresentar em seu texto, total ou parcialmente, incompatibilidade com a norma constitucional, contendo conflitos em relação ao seu conteúdo com a Lei Maior, esta será eivada de inconstitucionalidade material.

É o que nos mostra Pedro Lenza:

(...) o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afronta qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material.⁹⁵

Contudo uma norma será eivada de inconstitucionalidade formal quando houver vício na sua constituição, ou seja, quando ao ser criada o legislador não se ateuve ao processo legislativo. Alexandre de Moraes preleciona ainda que “a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como conseqüência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário (...)”⁹⁶

4.5 Análise do artigo 5º da Resolução nº 237/97 do CONAMA

Como foi estudado nos tópicos acima, a Lei nº 6938/81, criou o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, estabelecendo no teor de seus dispositivos as suas atribuições e competências.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva p. 1011

⁹⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, 2009, p.164

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 487.

O CONAMA editou em 1997 a Resolução nº 237 que dispõe sobre a emissão do licenciamento ambiental, afim de regulamentar a concessão das licenças ambientais.

Na Resolução nº 237/97, o CONAMA, busca em seu artigo 5º estabelecer critérios para a concessão do licenciamento ambiental, delimitando competência entre os órgãos ambientais, é o dispositivo legal:

Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

- I- localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;
- II – localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todos as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;
- III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;
- IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.⁹⁷

Acontece que a Constituição da República dispõe em seu art. 23, VI, parágrafo único, que a competência para a proteção ao meio ambiente é comum entre os entes federativos, devendo ser regulamentada, afim de haver uma harmonia entre os entes federados, pelas leis complementares. O dispositivo constitucional dispõe o seguinte:

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

(...)

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

(...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.⁹⁸

⁹⁷ BRASIL. *Resolução CONAMA nº 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

⁹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2002.

Com isso, a Constituição deixa claro que a competência para a proteção ao meio é de todos os entes federativos, devendo essa ser regulamentada por lei complementar e por resoluções, e considerando que o licenciamento ambiental é uma forma de proteção ao meio ambiente, este pode e deve ser concedido pelos entes federados sem que haja limitações de competência.

Nesse sentido Paulo Affonso Leme Machado assevera que:

O art. 23 trata, entre outras matérias, da função administrativa das pessoas jurídicas de Direito Público que compõe a República Federativa do Brasil. A competência é ao mesmo tempo, direito e dever dos entes federados. O licenciamento ambiental é uma das formas de exercer a competência comum.

Com isso, nota-se que o CONAMA ao limitar competências para a emissão de licenciamento ambiental, está contradizendo o que a Constituição Federal prescreve, tornando-se inconstitucional.

Leme Machado preleciona que:

A lei federal ordinária não pode retirar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderes que constitucionalmente lhes são atribuídos. Assim, é de entender que o art. 10 da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo (art. 23, parágrafo único, da CF); e nem a Resolução CONAMA-237/1997 poderia estabelecer um licenciamento único. Enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para cooperação entre essas pessoas jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo tem competência e interesse de intervir nos licenciamentos ambientais⁹⁹

Dessa forma, a competência dos entes federativos em relação a proteção ao meio ambiente somente poderá ser regulamentada por lei complementar.

De modo que, a inconstitucionalidade do artigo 5º da Resolução-CONAMA 237/97 é eivada de inconstitucionalidade formal, pois ao impor competência para a

⁹⁹ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 277.

concessão das licenças ambientais, esta retirando dos entes federados uma garantia e um dever que lhes foram atribuídos constitucionalmente, podendo e devendo exercer os meios de tutela ambiental.

Edis Milaré ressalva a respeito da inconstitucionalidade que:

Daí a eiva de inconstitucionalidade da Resolução CONAMA 237/1997, que a pretexto de estabelecer critérios para o exercício da competência a que se refere o art. 10 da Lei 6.938/81 e conferir o licenciamento a único nível de competência, acabou enveredando por seara que não lhe diz respeito, usurpando a Constituição competência que esta atribuiu aos entes federativos.¹⁰⁰

Nota-se que além de atribuir competências sem ter autorização constitucional para isso, o CONAMA fere ainda o princípio da supremacia da constituição, uma vez que este, como foi demonstrado contradiz o que a Constituição Federal impõe, assumindo atos que não são de sua competência, fere também o princípio da legalidade, já que os atos dos órgão da Administração Pública deverá sempre obedecer estritamente o que prescreve as leis, não cabendo aos administradores inovar ou modificar mas sim explicar ou regulamentar matéria contida em lei.

Paulo de Bessa ensina que:

A mesma Resolução, ilegalmente, invadiu a competência exclusiva dos Estados naquilo que diz respeito ao licenciamento ambiental, (...) Curioso foi que a atribuição de licenciamento ambiental aos “entes federados” ficou condicionada à existência de Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda que, eles possuam profissionais habilitados (art. 20), O CONAMA, no particular, logrou se superar. Ou os Estados e Municípios possuem competência para licenciar em termos ambientais – competência outorgadas pela Constituição – ou não possuem. Não se conhece nenhum artigo da Constituição que autorize o CONAMA a estabelecer condições para o exercício, pelos integrantes da federação, de suas competências constitucionais.¹⁰¹

¹⁰⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência*, glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 429.

¹⁰¹ BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 146-147.

Assim sendo, Paulo Affonso, sustenta a inconstitucionalidade formal do art. 5º da Resolução 237/97 do CONAMA, com o seguinte ensinamento:

O Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, através da Resolução 237, de 19.12.07 (DOU 22.12.97, Seção I, p. 30, 841) procurou partilhar a competência ambiental administrativa a ser feita pelo IBAMA (art. 4º), estabeleceu as competências dos Estados e do Distrito Federal (art. 5º), determinou a área de competências dos Municípios (art. 6º) e estabeleceu que “os empreendimentos e atividades serão licenciados em um nível de competência” (art. 7º)

(...) Sob todos os ângulos em que se vejam esses quatro artigos, constata-se invasão de competência e quebra de hierarquia administrativa, acarretando o vício da inconstitucionalidade e ilegalidade dos arts. 4º ao 7º da resolução inquinada.¹⁰²

Portanto, o art. 5º da Resolução pesquisada, é eivado de inconstitucionalidade formal, devido o CONAMA não ter amparo constitucional para legislar e inovar, devido o princípio da legalidade, não lhe sendo permitido limitar competências aos entes federativos em razão do princípio da supremacia da constituição.

¹⁰² LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.120.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que foi discutido no presente trabalho científico, foi a inconstitucionalidade do art. 5º da Resolução 237/97 do CONAMA em face do art. 23, VI parágrafo único da Constituição da República de 1988.

Para tanto, foi realizado ao longo do trabalho um breve parecer sobre a Constituição Federal, definindo as suas competências e a quais entes federados cabia cada uma delas.

Fez se mister também, o estudo do licenciamento ambiental, demonstrando que o licenciamento ambiental é um instrumento de tutela ambiental, que visa conceder aos empreendimentos econômicos o direito de exercer suas atividades observando condições que evitem a degradação do meio ambiente, garantindo assim uma proteção ambiental.

Foi ainda demonstrado que o CONAMA é um órgão consultivo e deliberativo, criado pela Lei 6.938/81, porém, este atribui para si competências que não lhe são prescritas constitucionalmente, fez isso ao tentar estabelecer aos entes federados limites no seu exercício de proteção ambiental, legislando no art. 5º da Resolução 237/97 competências para a emissão de licenciamento ambiental.

Porém, constatou-se no decorrer do trabalho científico que ao atribuir competências para a emissão de licenças ambientais aos entes federativos, o art. 5º da Resolução arguida tornou-se eivada de inconstitucionalidade formal, uma vez que ao faz-lo feriu o princípio da supremacia da constituição juntamente com o princípio da legalidade.

Assim nota-se que, ao legislar e atribuir competências aos entes federados, a resolução arguida torna-se inconstitucional, pois não há nenhum dispositivo constitucional, que lhe incumba competência para a criação de leis.

A finalidade deste trabalho científico, foi em especial, demonstrar a necessidade que se tem de haver uma lei complementar que regulamente as matérias de competência comum, buscando assim, uma melhor tutela ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995 .

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. “A competência dos Estados federados em meio ambiente a partir da ordem constitucional de 1988”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 159, jul./set., 2003.

BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso Direito Constitucional*. 8. ed. . São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas. 2002.

BRASÍLIA. *Política Nacional do Meio Ambiente*, Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm. Acesso em 23 outubro de 2011.

BRASIL. *Resolução CONAMA n° 237*, de 19 de dezembro de 1997. Brasília – Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

CAMBI, Eduardo, “Normas gerais e a fixação da competência concorrente na Federação brasileira”. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 92, abr./jun., 2000.

CORREIA SOBRINHO, Adelgício de Barros; ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. *Licenciamento ambiental: uma visão simplificada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2523>>. Acesso em: 29 agosto 2011.

CRETELLA JR, José. Manual de direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34. ed. São Paulo; Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. . São Paulo: Saraiva, 1999.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. "Competência comum, concorrente e supletiva em matéria de meio ambiente". *Revista de Informação Legislativa*, n. 131, jul./set., 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes . *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. . São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

STF, *Medida Cautelar em ADI 2.667/DF*, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo339.htm>, acesso em 26 de outubro de 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.