

**EXMO. DR. JOSÉ RIBAS VIEIRA, PRESIDENTE DA COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO
INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS**

*Aprovado por unanimidade
09.12.2015
JRM*

Indicação 043/2015. Subsídios para propositura de ADI em face da Lei Complementar nº 140/2011. Inconstitucionalidade parcial dos artigos 14, § 3º e 17, § 3º. Existência de ADI em trâmite no STF impugnando a referida norma (ADI nº 4757/DF). Sugestão para ingresso do IAB como 'amicus curiae'.



I. BREVE RESUMO DA INDICAÇÃO 043/2015

O Excelentíssimo Dr. Toshio Mukai submeteu ao Plenário do IAB a Indicação em referência, por meio da qual foi suscitada a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Complementar nº 140/2011 ("LC 140"), que fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção do meio ambiente.

Mais especificamente, foi arguida a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da LC 140: (i) art. 2º, II¹, art. 14, §3º² e art. 15³, que estabelecem a competência supletiva em matéria ambiental; (ii) art. 4º, III, e §§ 2º a 5º⁴, que preveem a criação de Comissões relacionadas à gestão ambiental compartilhada e descentralizada pelos entes federativos;

¹ LC 140/11, art. 2º: Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se: II - atuação supletiva: ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas nesta Lei Complementar.

² LC 140/11, art. 14: Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento. § 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.

³ LC 140/11, art. 15: Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses: I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação; II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

⁴ LC 140/11, art. 4º: Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional: III - Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal; § 2º A Comissão Tripartite Nacional será formada, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos. § 3º As Comissões Tripartites Estaduais serão formadas, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e dos Municípios, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos. § 4º A Comissão Bipartite do Distrito Federal será formada, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União e do Distrito Federal, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre esses entes federativos. § 5º As Comissões Tripartites e a Comissão Bipartite do Distrito Federal terão sua organização e funcionamento regidos pelos respectivos regimentos internos.

JRM

(iii) art. 16⁵, que estabelece ação administrativa subsidiária dos entes federativos em matéria ambiental; (iv) art. 17, §§ 2º e 3º, que tratam, respectivamente, da adoção de medidas para impedir ou fazer cessar atos iminentes de degradação e da autorização para exercício de competência fiscalizatória comum (incluindo a possibilidade de lavratura de autos de infração por mais de um ente federativo); e (v) art. 9º, XIV, 'a'⁶, que determina a obrigação de os Municípios observarem critérios estabelecidos em normas estaduais no licenciamento de empreendimentos de sua competência.



II. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI SUSCITADA

Feita essa breve introdução, passa-se a analisar, pontualmente, cada uma das alegadas inconstitucionalidades da LC 140.

III.1) ARTS. 2º, II; 14, §3º; E 15: COMPETÊNCIA SUPLETIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Os dispositivos em questão tratam da assim chamada “atuação supletiva”, que, de acordo com a definição legal, consiste em “ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas nesta Lei Complementar” (art. 2º II). Tais hipóteses são, mais especificamente, (i) atuação em processo de licenciamento cujo prazo tenha decorrido sem a emissão de licença pelo ente competente (art. 14, §3º); e (ii) o licenciamento ou autorização ambiental em que inexista órgão ambiental capacitado para atuar no âmbito do ente competente (art. 15).

De acordo com a tese sustentada na Indicação 043/2015, a atuação supletiva seria inconstitucional por violar a autonomia administrativa do ente detentor de atribuição constitucional para agir e por supostamente criar uma hipótese de repartição de competências não prevista constitucionalmente.

Primeiramente, destaca-se que a atuação supletiva em matéria ambiental não é propriamente uma criação da LC 140, que na verdade apenas buscou regulamentar uma forma de atuação já reconhecida anteriormente. A nova lei tratou apenas de especificar as hipóteses em que tal atuação seria autorizada, de forma a reduzir os conflitos federativos⁷.

⁵ LC 140/11, art. 16: A ação administrativa subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação. Parágrafo único. A ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar.

⁶ LC 140/11, art. 9º: São ações administrativas dos Municípios: XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos: a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou

⁷ Comentando o cenário que predominava anteriormente à edição da LC 140/2011, Paulo de Bessa Antunes, *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 136 “Admitia-se, é verdade, uma atuação supletiva da SEMA para determinar a redução de atividades geradoras de poluição e a manutenção de

Antes da edição da LC 140, contudo, a atuação supletiva foi desvirtuada de sua finalidade original, seja porque a União acabava centralizando a competência ambiental sob a sua administração, seja porque a atuação supletiva era exercida, muitas vezes, como um meio de fiscalização da atuação dos órgãos ambientais locais ou estaduais⁸.

A LC 140, portanto, buscou descentralizar as atribuições em matéria ambiental, de forma a se privilegiar o princípio da eficiência, a partir da lógica da subsidiariedade. É imperioso, neste cenário, que se reconheça que qualquer atuação dos entes federados cuja finalidade seja a fiscalização da atribuição dos outros entes, ainda que sob o pretexto de exercer competência supletiva, seria inconstitucional, por violar o equilíbrio federativo.

Ao prever uma competência comum (ou uma atuação coordenada), o texto constitucional não hierarquizou os entes federativos, de forma que cada entidade goza de primazia dentro do seu âmbito de atuação¹⁰. Esta é a própria essência da autonomia reconhecida no art. 18 da Constituição Federal¹¹ e, quando se trata de matérias em que haja competência comum repartida entre os diversos entes federativos (como a proteção ao meio ambiente), a legislação complementar deve se limitar a estabelecer as normas que disciplinem a cooperação entre eles (art. 23, parágrafo único, CF/88), sem que isso possa implicar qualquer usurpação de competência de um ente por outro.

Quanto às duas hipóteses em que a LC 140 autorizou a atuação supletiva, penso que devam ser tratadas separadamente.

Na primeira delas (atuação supletiva quando o prazo do processo de licenciamento tiver decorrido sem conclusão), reconheço, sem maiores dificuldades, a inconstitucionalidade do art. 14, §3º, da LC 140. Na hipótese de omissão ou inépcia do órgão ambiental local ou regional, a solução correta é o apelo ao Poder Judiciário, através, por exemplo, do mandado de segurança. O dever de decidir imposto à Administração Pública é amplamente reconhecido,

padrões de lançamento de efluentes e emissão de gases dentro dos parâmetros legalmente tolerados. Tal competência supletiva jamais seria regulamentada e, em verdade, dá margem a uma série de disputas entre os órgãos ambientais dos diversos níveis federativos. No contexto da redação original da lei, a norma era perfeitamente adequada, visto que não existiam órgãos ambientais em todos os estados da federação, justificando-se a ação supletiva do órgão federal”.

⁸ Paulo de Bessa Antunes, *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 138. “Efetivamente, tem sido comum que atividades regularmente licenciadas pelos órgãos estaduais ou municipais sejam multadas, embargadas e interditadas pelo órgão federal, sob o argumento de que estão causando danos ao meio ambiente ou poluição”

⁹ Sobre o princípio da subsidiariedade, v. José Alfredo de Oliveira Baracho. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Para uma análise mais específica, ver Paulo de Bessa Antunes, *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 187: “O princípio da subsidiariedade tem por objetivo assegurar uma tomada de decisão o mais próxima possível dos cidadãos, ponderando se a ação a realizar à escala comunitária se justifica em relação às possibilidades que oferece o nível nacional, regional ou local. Concretamente, trata-se de um princípio segundo o qual a União só deve atuar quando a sua ação seja mais eficaz do que uma ação desenvolvida em nível nacional, regional ou local – exceto quando se trate de domínios de sua competência exclusiva”.

¹⁰ Édís Milaré, *Direito do ambiente*, 10ª edição. São Paulo: RT, 2015, p.650: Também neste sentido, afirma Édís Milaré: “A Constituição Federal, ao prever a competência comum em matéria ambiental, procurou, em verdade, estabelecer mecanismos de integração entre os Entes Federativos, e não transformá-los em fiscais recíprocos”.

¹¹ Constituição Federal, art. 18: A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

sendo previsto, inclusive, na legislação federal sobre processos administrativos (Lei nº 9.784/99, arts. 48 e 49).

Admitir, nessa hipótese, a instauração de competência supletiva seria avaliar a noção de que um ente pode se imiscuir no papel de fiscalizador do outro, o que viola a autonomia federativa (art. 2º, da CF/88) e gera enorme insegurança jurídica¹². Equivale, ainda, a admitir que a União ou os Estados apliquem legislação própria em hipótese regulamentada pelo ente originalmente competente, o que igualmente afrontaria a autonomia estadual ou municipal, conforme o caso.

Já em relação à constitucionalidade da atuação supletiva na hipótese de inexistência de órgão ambiental capacitado para atuar no âmbito do ente federativo competente (art. 15 da LC 140), penso que a conclusão seja distinta. Isso porque a inexistência (ou incapacidade) de órgão administrativo não pode ser suprida pela via judicial, já que o Judiciário não poderia determinar a criação (ou aperfeiçoamento) de um órgão dentro da estrutura da Administração Pública sem ferir o princípio da separação dos poderes (art. 3º, CF/88).

Neste caso, a atribuição de competência supletiva a determinado ente é justificada pela necessidade de suprir um eventual déficit administrativo-organizacional em nível regional ou local, de modo a evitar que a inexistência de órgãos competentes cause prejuízos, quer ao meio ambiente, quer àqueles que pretendam desenvolver atividades condicionadas à obtenção de licenciamento ambiental.

Mais do que isso, a atuação supletiva mostra-se capaz de suprir o vício de inconstitucionalidade por omissão perpetrado pelo Estado ou Município que, ao não instituir a estrutura administrativa em questão, deixa de cumprir com seu *munus* de proteger o meio ambiente e, ao mesmo tempo, viabilizar o exercício, por particulares, do direito constitucionalmente assegurado à livre iniciativa. A hipótese, portanto, é bem distinta da primeira.

Acresce-se a isso o fato de que atuação supletiva deve se limitar ao exercício de competências de natureza administrativa, já que não existe previsão constitucional para delegação de competência legislativa em matéria ambiental (que possui natureza concorrente, conforme art. 24, VI, da CF/88). Dessa forma, a aplicação de legislação elaborada por ente distinto do responsável pelo licenciamento em tela violaria a autonomia federativa.

Nota-se, ainda, que o processo de licenciamento consiste em atividade administrativa, ou seja, trata-se de uma das formas de exercício do poder de polícia. Embora haja restrições quanto à possibilidade de delegação do poder de polícia para particulares, a transferência, em caráter temporário e excepcional, para órgão público de outra entidade federativa parece ser uma solução aceitável como forma de conciliar os princípios constitucionais envolvidos nessa discussão, quais sejam, a proteção ao meio ambiente, a autonomia federativa e a livre iniciativa.

¹² Édis Milaré, *Direito do ambiente*, 10ª edição. São Paulo: RT, 2015, p.211: "A falta de equilíbrio nessa atuação simultânea da União, Estados, Municípios e Distrito Federal em prol da defesa do meio ambiente, invariavelmente, gera enorme insegurança jurídica, posto que as ações administrativas decorrentes da competência comum devem observar o critério da predominância do interesse".

5

Por essas razões, entendo que a previsão de atuação supletiva, seja da União ou dos Estados, é constitucional apenas na hipótese delineada no art. 15, ou seja, aquela em que não existe órgão ambiental capacitado ou Conselho do Meio Ambiente nos Estados, Distrito Federal ou Municípios¹³. Além disso, tal dispositivo deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, de forma que seja autorizado, em caráter excepcional e temporário, apenas o exercício de competências materiais (e não legislativas).



III.2) ART. 4º, III, E §§ 2º A 5º: COMISSÕES TRIPARTITES

Suscita-se, na Indicação, que a criação de Comissões Tripartites de âmbito nacional, estadual e distrital (arts. 4º, inciso III, e respectivos §§ 2º a 5º; e art. 7º, 'h') seria inconstitucional por violar a autonomia dos entes federativos (art. 18, CF), ao obrigar a união dos entes para constituição das referidas comissões.

A questão, portanto, passa por delimitar o sentido da autonomia federativa e, por consequência, do pacto federativo, (art. 60, §4º, I, CF¹⁴), de modo a se definir se faz parte, ou não, da lógica do federalismo de cooperação a participação dos entes federados em órgãos de caráter nacional.

Pois bem, a própria Constituição, ao tratar do meio ambiente, aduz ser de competência do Poder Público, genericamente considerado, o dever de defendê-lo e preservá-lo. No mesmo sentido, o art. 23, ao estabelecer como competência administrativa comum a guarda do meio ambiente, prevê, implicitamente, a necessidade de um sistema que integre todos os entes solidariamente responsáveis, de modo que a competência seja exercida em modelo cooperativo. Essa é, em última análise, a própria essência do pacto federativo brasileiro, dito federalismo de cooperação.

Neste quadro, é certo que o sistema de proteção ao meio ambiente já conta, há mais de vinte anos, com órgãos que extrapolam a esfera administrativa de cada ente da federação, aos quais foi dada a missão de justamente coordenar as práticas administrativas para que a proteção e defesa do meio ambiente ocorra da forma mais eficiente possível.

Neste sentido, é possível citar o CONAMA, criado pela Lei 6.938/81 como órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA, do qual fazem parte um representante de cada um dos Governos Estaduais e do Distrito Federal (art. 5º, VI do Decreto 99.275/90), oito representantes de Governos Municipais que possuam órgão ambiental estruturado e Conselho de Meio Ambiente (art. 5º, VII do Decreto 99.275/90), sendo, desses oito, um representante da Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente – ANAMMA, e um representante de

¹³ Também defendendo este ponto de vista, v. Paulo de Bessa Antunes, *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 141: "Por atividade supletiva não se deve entender uma atividade exercida em substituição daquela que deve ser desempenhada pelo órgão estadual de controle ambiental, salvo nas hipóteses em que o órgão regional não exista".

¹⁴ Constituição Federal, art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado.

cada região geográfica do país, além de dois representantes de entidades municipalistas de âmbito nacional.

Do mesmo modo, o FNMA – Fundo Nacional de Meio Ambiente, criado pela Lei 7.797/89, em cujo Conselho Deliberativo tem assento um representante da ANAMMA, representando os Municípios. Também a Lei 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, previu a criação de um Órgão Gestor que, por sua vez, conta com a participação de representantes dos Estados e Municípios (art. 4º, I e VI do Decreto 4.281/2002).

No âmbito estadual, órgãos como o CONSEMA (Estado de São Paulo), CONEMA (Estado do Rio de Janeiro) e FEPEMA (Estado de Santa Catarina), também contam com participação, em seus quadros, de representantes dos Municípios.

Como se vê, o próprio Sistema Nacional do Meio Ambiente já conta com diversos órgãos que fogem a uma lógica rígida da ideia de federação e buscam, ao contrário, agregar esforços tendo em vista uma atuação mais compartilhada, descentralizada e eficiente no campo ambiental.

A mesma lógica é reproduzida em outros setores, como, por exemplo, o da saúde, em que existe o CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, o CONASEMS – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, ambos com assento no Conselho Nacional de Saúde – CNS, do qual participam também entidades da sociedade civil e o Governo Federal.

Percebe-se, assim, que decorre da outorga de competências comuns pela Constituição a necessidade de existência de órgãos de cooperação e coordenação seja de âmbito nacional, congregando todos os entes, ou estadual/distrital. Nesse sentido, é possível afirmar que a LC 140, em conformidade com o que dispõe o art. 23, parágrafo único, possui caráter nacional (e não federal) ao prever normas de cooperação entre todos os entes.

Ademais, adentrando no mérito do modelo de comissão previsto na LC 140, vê-se que ele beneficia o equilíbrio na participação dos entes federados nas deliberações da política nacional ou estadual/distrital, uma vez que prevê uma composição paritária entre os três níveis federativos – o que não havia no modelo anterior.

Sendo assim, pelos argumentos expostos, não vislumbro, com a devida vênia, inconstitucionalidade na criação das comissões referidas, que, de forma oposta, privilegiam o princípio do federalismo cooperativo e o princípio da eficiência.

III.3) ART. 16: AÇÃO ADMINISTRATIVA SUBSIDIÁRIA

A LC 140/11 previu a atuação subsidiária dos entes federativos, instaurada mediante solicitação do ente originariamente competente, traduzida em apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro (art. 16). Aduz-se ser inconstitucional tal previsão, sob o



argumento de que o instituto, inexistente no texto constitucional, só poderia ser objeto de convênio, nos termos do art. 241 da Constituição¹⁵.

Acredito, porém, que outra leitura do art. 16 da LC 140/11 é possível, de forma a compatibilizá-lo com a normativa constitucional. Isso porque o referido dispositivo apenas faculta aos entes detentores da competência solicitar apoio de outros membros da federação na execução da política ambiental, sem obrigá-los a tanto. A previsão é especialmente relevante para os casos em que não tenham sido criados os órgãos ambientais competentes ou, eventualmente, em que os sistemas locais ou regionais sejam deficientes.

Perceba-se que o instrumento de cooperação só será instituído caso haja solicitação nesse sentido do ente originalmente competente, o qual, para todos os efeitos, continua detentor e no exercício pleno de sua competência. O que de fato previu o dispositivo foi o apoio técnico, científico, financeiro ou administrativo, sem importar delegação da referida atribuição. Fala-se, assim, em “atuação subsidiária”, não em “competência subsidiária”.

É justamente neste ponto que este instrumento de cooperação se diferencia da figura do convênio¹⁶, pois este deve implicar a gestão associada ou transferência total ou parcial dos encargos ou serviços¹⁷, de acordo com o art. 241 da Constituição Federal.

De outro modo, entendo que também não procede o argumento de que tal competência subsidiária não existiria na Constituição, em razão, por exemplo, de previsão bastante semelhante à do art. 16 da LC 140 nos art. 30, incisos VI e VII, em relação à prestação dos serviços de saúde e educação pelos Municípios¹⁸.

A previsão, assim, insere-se na própria ideia de competência comum e federalismo cooperativo, em que os entes têm o dever constitucional de colaborar entre si na consecução das prerrogativas concedidas. Por isso, não vislumbro, neste ponto, inconstitucionalidade a macular a referida norma.

III.4) ART. 17, §§ 2º E 3º: ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA IMPEDIR OU FAZER CESSAR ATOS IMINENTES DE DEGRADAÇÃO E A LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL

¹⁵ Constituição Federal, art. 241: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

¹⁶ Neste sentido: Édis Milaré, *Direito do ambiente*, 10ª edição. São Paulo: RT, 2015, p.650: “Em sentido estrito, tem-se reservado a expressão ‘convênio’ (tout court) para os acordos ou ajustes formalizados com repasse de recursos financeiros. Para a forma de avença sem transferência de recursos financeiros, ‘acordo de cooperação técnica’ seria a nomenclatura recomendada. É dizer: convênio é gênero, de que são espécies o convênio em sentido estrito e o acordo de cooperação técnica”.

¹⁷ Édis Milaré, *Direito do ambiente*, 10ª edição. São Paulo: RT, 2015, p.659: “Neste caso [acordo de cooperação técnica], o órgão coadjutor apenas apoiará o originariamente componente, o qual continuará como responsável pela condução do processo, já que não se está a falar, aqui, em delegação de atribuição”.

¹⁸ Constituição Federal, art. 30: Compete aos Municípios: VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;



Sustenta-se que as previsões dos §§2º e 3º do art. 17 seriam inconstitucionais por violação à regra aplicável ao exercício do poder de polícia, expressa no caput do próprio art. 17, segundo a qual “compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para apuração de infrações à legislação ambiental”.



Segundo alegado, a LC 140/2011 incorreria em inconstitucionalidade ao permitir (i) que, no caso de iminência ou ocorrência de degradação ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato determine medidas para evitar, fazer cessar ou mitigar a degradação (§2º), e (ii) que os entes federativos exerçam uma atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades (§3º), violando os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

A regra apresentada no caput do art. 17, de fato, tem absoluta razão de ser e a Indicação foi precisa ao defendê-la. Em matéria de poder de polícia ambiental¹⁹, a LC 140/2011 consagrou, no caput do art. 17, o princípio da subsidiariedade. Assim, em nome da eficiência, as atribuições administrativas materiais devem ser exercidas preferencialmente pelo ente mais próximo ou diretamente vinculado à atividade objeto do poder de polícia. Em termos genéricos, “nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior”²⁰.

A hipótese do §2º instaura a problemática relativa à situação em que o ente que tenha primeiro conhecimento do fato, ou seja, aquele ‘mais próximo’ ao problema, não seja o ente competente para exercer o poder de polícia. Aqui, a princípio, haveria um conflito aparente entre a ideia de subsidiariedade e os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Importa notar, contudo, que o dispositivo mencionado fala em medidas para evitar, fazer cessar ou mitigar o dano ambiental em hipótese de emergência, ou seja, na iminência ou ocorrência de degradação ambiental. Trata-se, portanto, não de autorização para sancionar, mas para tomar medidas administrativas acautelatórias. A distinção, feita pela doutrina²¹, é relevante para a questão analisada, pois, enquanto as medidas sancionatórias são impostas após “o cumprimento de toda a liturgia do devido processo legal”, as medidas acautelatórias não demandam tamanha formalidade, justamente em razão da urgência que justifique sua aplicação²².

Nestes termos, nota-se que a Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo em âmbito federal, permite à Administração Pública, em seu art. 45, adotar providências

¹⁹ O poder de polícia ambiental é conceituado da seguinte maneira por Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, 19ª edição. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 350: “(...) a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza”.

²⁰ Édís Milaré, *Direito do ambiente*, 10ª edição. São Paulo: RT, 2015, pp. 211/212.

²¹ V. Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, 4ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 103 e José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 21ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 88.

²² Neste sentido, Édís Milaré, *Direito do ambiente*, 7ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 847.

acauteladoras em caso de risco iminente²³. O fundamento, também neste caso, é o poder/dever de cautela da Administração no cumprimento da sua função.

Sendo assim, me parece que a previsão do art. 17, §2º não se encontra maculada por vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que o que a Lei permite é a prática de medidas acautelatórias, que não se confundem com o poder de polícia sancionador (este sim não poderia ser exercido por autoridade incompetente). Perceba-se que o próprio dispositivo restringe a atuação do ente que tomar as medidas acautelatórias ao obrigá-lo a comunicar imediatamente o órgão competente, a quem competirá a adoção das providências necessárias.

Por outro lado, §3º do art. 17 incorre em manifesto vício de inconstitucionalidade, pois, contrariando a regra que o caput do mesmo art. 17 estabeleceu, prevê uma espécie de sobreposição de competências fiscalizatórias, incluindo a lavratura de autos de infração. A simples previsão de que, em caso de haver mais de uma autuação, deverá prevalecer o auto de infração lavrado pela autoridade originalmente competente não é suficiente para compatibilizar o dispositivo com a Constituição. Afinal, não se pode sequer cogitar da subsistência de auto de infração lavrado por autoridade incompetente, tampouco se pode admitir uma espécie de transferência de competência em face da inação da autoridade que deveria ter agido.

Por essas razões, opino pela inconstitucionalidade total do art. 17, §3º, da LC 140.

III.5) ART. 9º, XIV: APLICABILIDADE DAS NORMAS ESTABELECIDAS PELOS CONSELHOS ESTADUAIS DE MEIO AMBIENTE AOS MUNICÍPIOS

Por fim, argumenta-se ser inconstitucional a previsão do art. 9º, XIV, a, da LC 140, que prevê que os municípios devem observar a tipologia definida pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente ao promover o licenciamento das atividades de impacto local.

Quanto a este ponto, cumpre observar que a LC 140 modificou a repartição de competências em matéria de licenciamento ambiental. Até a sua edição, o tema encontrava-se disciplinado essencialmente pela Resolução nº 237 do CONAMA, com amparo na Lei nº 6.938/81.

A LC 140, por sua vez, adotou uma lógica para a repartição da competência material para o licenciamento ambiental análoga à regra constitucional de repartição de competências legislativas: a União tem suas competências expressamente previstas na própria LC 140 ou em ato do Executivo (art. 14 da LC 140 e Decreto nº 8437/2015), os municípios são competentes para o licenciamento de empreendimentos de impacto local ou localizados em unidades de conservação por eles constituídas (art. 9º da LC 140) e aos Estados é atribuída a competência residual (art. 8º, XIV da LC 140).

²³ Lei 9.784/99, art. 45: Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.



A controvérsia apontada na Indicação diz respeito à forma como deve ser definido o “impacto local” que atrai a competência municipal. Quanto ao ponto, cumpre, inicialmente, discorrer a que título se permite ao Município exercer a competência para o licenciamento ambiental.



No âmbito administrativo, ou seja, em relação ao exercício do poder de polícia, a competência para licenciar está inscrita no art. 23, VI, da Constituição. Trata-se, pois, de competência comum para proteger o meio ambiente, compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nos termos da própria LC 140, e no que a doutrina e a jurisprudência²⁴ há tempos sustentam, o critério de determinação, neste caso, é o da preponderância do interesse, de maneira que o Município será competente para licenciar atividades ou empreendimentos de impacto local.

Por outro lado, em relação às normas nas quais o Município deve se pautar no processo de licenciamento, ou seja, à competência legislativa, a Constituição garante a estes entes a prerrogativa de editar leis apenas em caráter suplementar às leis federais e estaduais (art. 30, II, CF/88). Daí o preciso magistério de José Afonso da Silva ao afirmar que “não se recusa aos Municípios competência para ordenar a proteção do meio ambiente, natural e cultural”²⁵, mas sem deixar de observar as normas e padrões federais e estaduais pertinentes.

Entendo que a definição da tipologia das atividades ou empreendimentos que possam causar impacto local ou regional é matéria desta última espécie e ultrapassa o interesse meramente local. Não me parece prudente deixar ao arbítrio dos próprios Municípios o que seria ou não de sua competência, não apenas porque a discussão claramente transborda os limites da própria municipalidade, mas também pelo risco de que haja entendimentos conflitantes.

Vê-se que a LC 140 atribuiu aos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente a definição da tipologia a ser utilizada na definição das hipóteses de competência municipal (atividades ou empreendimentos que causem impacto local). A Indicação sugere que, por se tratar de norma estadual, haveria violação à autonomia municipal, mas a alternativa seria deixar para cada Município a tarefa de avaliar, segundo seus próprios critérios, quais seriam os casos em que o licenciamento estaria sob sua competência, com o já apontado risco de interpretações conflitantes e, com isso, de insegurança jurídica. Penso, assim, que a existência de regras estaduais definindo o que seja “impacto local” é não apenas constitucional, mas desejável.

A atribuição, aos Conselhos Estaduais, da tarefa de definir a tipologia aplicável à definição das competências locais me parece salutar, pois permite que se atenda à necessidade de estabelecimento de um padrão aplicável a todos os municípios ao mesmo tempo em que viabiliza a adequação à realidade local. É preciso assegurar, apenas, que há de se respeitar a representatividade dos Municípios nos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, de maneira a permitir sua participação na elaboração das regras de competência

²⁴ STF, Tribunal Pleno, AC 1.255 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Dje de 30/10/2014: “CONFLITO ENTRE A UNIÃO FEDERAL E AS DEMAIS UNIDADES FEDERADAS NO EXERCÍCIO, EM TEMA AMBIENTAL, DE SUA COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE CONFLITO: CRITÉRIO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE E CRITÉRIO DA COLABORAÇÃO ENTRE AS PESSOAS POLÍTICAS – RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, EM JUÍZO DE DELIBERAÇÃO, DO CARÁTER MAIS ABRANGENTE DO INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL”.

²⁵ José Afonso da Silva. *Direito Ambiental Constitucional*. 9ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 82.

para o licenciamento ambiental. Segue-se, aqui, o mesmo princípio aplicável ao órgão federal equivalente (CONAMA), no qual a representatividade dos estados membros é assegurada por meio do art. 5º, VI, do Decreto nº 99274/90²⁶.



Cabe destacar, finalmente, que a autonomia municipal, embora resguardada constitucionalmente, não é absoluta, como revela o art. 29 da CF/88, que determina a obediência aos princípios estabelecidos não apenas na Constituição Federal, mas também nas constituições dos respectivos estados (princípio da simetria).

III. ADI 4757/DF.

Finalmente, cumpre destacar que se encontra em trâmite, no Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face dos dispositivos da LC 140. Trata-se da ADI 4757/DF, ajuizada pela Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente e PECMA (ASIBAMA NACIONAL) em 09/04/2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber.

A linha argumentativa utilizada na ação, contudo, é bem diversa daquela deduzida na Indicação em referência. Em síntese, a ASIBAMA NACIONAL afirma que a Lei é inconstitucional por ter fracionado, em diversas competências privativas, o dever de proteção e preservação do meio ambiente imposto ao “Poder Público” pelo art. 225 da Constituição. Assim, a subtração de competências da União em prol de Estados e Municípios (entes que não contariam com a estrutura adequada para este fim) configuraria um retrocesso inconstitucional em relação à proteção ambiental. Ao final, pede-se a sustação dos efeitos da Lei em medida cautelar e a posterior declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da referida norma, bem como de sua integralidade, por arrastamento.

Ainda que as teses defendidas sejam diferentes, considerando que na ADI 4757/DF existe um pedido para a declaração de inconstitucionalidade total da LC 140 e que, por se tratar de processo objetivo, o julgamento não fica adstrito às razões jurídicas suscitadas pela parte autora, por razões de economia processual e de legitimação para agir, deixa-se de recomendar a propositura de nova ação direta de inconstitucionalidade em face da lei em questão. Em vez disso, sugere-se o ingresso do IAB como *amicus curiae* na referida ADI 4757/DF, o que é possível, nos termos da jurisprudência do STF, até o momento em que o Relator do feito o coloque em pauta para julgamento.

²⁶ Raciocínio similar foi adotado pelo STF no julgamento da ADI nº 1842/RJ, em que se discutia a competência para prestação do serviço de saneamento básico, de cuja ementa se extrai o seguinte trecho: “É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto”.

IV. CONCLUSÃO

Pelas razões até aqui expostas, opino no sentido de acolher a Indicação nº 043/2015 para recomendar seja postulado o ingresso do Instituto dos Advogados Brasileiros na ADI nº 4757/DF, em trâmite perante o STF, na qualidade de *amicus curiae*, a fim de defender a inconstitucionalidade dos artigos 14, §3º e 17, § 3º, ambos da Lei Complementar nº 140/2011.

É como voto.

Rio de Janeiro, 8 de dezembro de 2015.


José Guilherme Berman
OAB/RJ nº 119.454

