

QUEM PODE O QUÊ EM TERMOS AMBIENTAIS?

*Paulo Velten**

SUMÁRIO: 1... Introdução. 2. A necessidade de regulamentação do art. 23 da Constituição. 3. As resoluções Conama. 4. Como deve ser a regulamentação. 5. A aplicação no licenciamento petrolífero.

1. Introdução

Trato a presente tese da necessidade urgente de rever-se ou de regulamentar os Artigos 22, 23 e 24 da Constituição, notadamente o artigo 23.

É que nestes Artigos há uma verdadeira sobreposição legislativa em relação a vários assuntos relativos à Competência. Cito como exemplo a definição com maior clareza sobre de quem é a responsabilidade pelo acesso à educação, já que no artigo 30 Inc. VI determina como competência do Município: **“manter** em cooperação técnica e financeira da União e do Estado, **programas de Educação pré-escolar e de ensino fundamental”**; da mesma forma em que no Art. 24 Inc. IX define a Competência Concorrente (União, Estado e DF, excluindo o Município, portanto) de Legislar sobre: **“Educação Cultura, ensino e desporto”**; e ainda mais, quando o Art.22 Inc. XXIV determina como competência **exclusiva da União Legislar** sobre Diretrizes e Bases da Educação (ônus do qual já se desincumbiu a União ao Editar a LDB).

O mesmo se pode dizer para algumas questões tributárias, que não serão tratadas aqui devido à especificidade da matéria.

* Advogado e Professor da UFES. Mestrando pela Faculdade de Direito de Campos.

2. A necessidade de Regulamentação do Artigo 23 da Constituição

A pretensão aqui é demonstrar a necessidade urgente da referida regulamentação, até para legitimar o Poder de Polícia da Administração no que diz respeito à fiscalização Ambiental.

Os Órgãos Ambientais, bem como o próprio Judiciário, têm recebido inúmeros recursos em relação às autuações ambientais. Tem havido duplicidade de punições em muitas situações, uma vez que o órgão ambiental exercendo seu poder de polícia autua o infrator ambiental, quando então, também outro órgão ambiental de outro Estado ou Município também autua em virtude das conseqüências daquele mesmo ato infracional ambiental haver atingido também aquela localidade, quando não é o caso do órgão ambiental Federal produzir ainda outro auto de infração. Formando um verdadeiro "*Tris in idem*". Isso, quando não há duplicidade de autos dentro da mesma Instituição (Secretarias distintas).

Tais fatos dão azo a demandas judiciais desnecessárias uma vez que, os acidentes ambientais produzem multas milionárias, quando então os responsáveis por cada um dos órgãos degladiam-se no judiciário para perceber os valores referentes aos respectivos autos. Ou então, produzem um processo administrativo infundável junto às Instancias Recursais Administrativas, com vistas a obter a prescrição do débito.

Podemos colher como exemplo algumas demandas judiciais que tratam exatamente deste tema, em simples consulta aos julgados do judiciário.

Em algumas "áreas de comunicação" é fundamental que as competências sejam comuns, como é o caso da atuação na Segurança Pública, entretanto, noutras, é bastante razoável que se estabeleçam critérios de competência bastante distintos entre os órgãos Federais Estaduais e ou Municipais, por exemplo, na questão do

Licenciamento Ambiental, a competência comum somente gera burocracia e dispêndio de tempo, uma vez que a comunicação entre os referidos órgãos é quase sempre precária. Além do que, produzem ações contraditórias, fazendo com que órgãos da própria administração litiguem a respeito das mesmas normas.

Isto ficou evidente com o caso da Petrobrás que provocou o derramamento de óleo monstruoso na baía de Guanabara, e foi autuado tanto pelo órgão ambiental carioca como pelo Federal.

Sem falar em situações que são por força do artigo 23 da Constituição como de Competência Comum da União dos Estados e dos Municípios e que, por Lei Ordinária foram atribuídas a União como, por exemplo, o Código Florestal (artigo 19), que atribui ao IBAMA a aprovação de atividades de exploração de florestas, o que nos remete a duvida da recepção deste artigo pela constituição de 1988, uma vez que, a referida lei é de 1965.

Em tramitação na Câmara do Deputados, a Lei Complementar 03/03, onde podemos verificar na justificção da lei, o seu relator comentando a dificuldades dos órgãos ambientais federais e estaduais atuarem em conjunto: "A falta de entendimento e a discrepância de procedimentos ressaltam-se particularmente em situações que levaram à atuação da Petrobrás por infrações à legislação ambiental. Multas aplicadas por três órgãos ambientais diferentes, em razão da mesma infração, apresentavam valores absurdamente diferentes. Ressaltam, também, a falta de uma coordenação mais eficiente, com eficientes sistemas de tomada de decisões, nas medidas para reduzir ou eliminar os efeitos dos acidentes e compensatórias, além de sobreposição de atividades.

Essa confusão e, muito provavelmente outras que devem recorrer em outras áreas da administração pública, decorrem do fato de o artigo 23 da Constituição Federal

estabelecer uma série de competências administrativas e executivas comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Muitas vezes, as administrações dos entes federativos ficam em dúvida sobre a quem deve recair a responsabilidade e, principalmente, como agir de forma coordenada e cooperativa para exercer adequadamente as competências comuns.

E continua mais adiante:

Existem áreas em que a União tem tradicionalmente atuado até como executora, como a habitação e o saneamento básico, para as quais a lógica e os fatos tem apontado como mais conveniente serem executadas pelos Estados e Município.

Outras há em que atuação executiva da União parece necessária pelo menos até que todos os Estados disponham de condições técnicas e institucionais adequadas, como é o caso de algumas atividades relacionadas 'a proteção ao meio ambiente e ao controle da poluição.

Isto demonstra-se na corrida econômica que os governadores de Estado fazem cotidianamente para atrair novos investimentos para os respectivos Estados. Os órgãos Estatais ambientais tem se tornado verdadeiros instâncias homologadoras de governadores preocupados somente em atrair novos investimentos. Os órgãos ambientais não guardam a necessária isenção no licenciamento ambiental. Na pratica as Ong's preservacionistas exercem um papel fiscalizatório muito maior do que os órgãos ambientais propriamente ditos. Isso é ruim!.

No Brasil praticamente tudo o que se legisla em termos ambientais, tem origem no CONAMA, novamente privilegiando-se o caráter democrático que a legislação ambiental deve ter, entretanto, tal fato tem levado a alguns problemas jurídicos, que somente não se tem avolumado as demandas judiciais a respeito devido a total incapacidade dos judiciários responder a tais questões com a rapidez necessária. Vejamos:

3. As Resoluções Conama

A Lei 6.938/81 em seu artigo 8º. Atribui ao CONAMA a obrigação de "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 aos hídricos.

Obedecendo a tal preceito a Resolução Conata 1/86 estipula as atividades e as regras para o licenciamento de atividades com potencial poluidor.

Entretanto, em 1988, com o advento da Nova Constituição, o artigo 25 do ADCT, assim estabeleceu:

Ficam revogados, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I – ação normativa;....

Então fica assim, no artigo 225 e seguintes da Constituição onde o Legislador constituinte usou o termo "na forma da lei" o Conama ou qualquer órgão do executivo esta impedido de normalizar, pois não pode haver delegação legislativa. Ressalte-se que mesmo que essa delegação legislativa seja por força de outra lei ordinária pois o impedimento de delegação é de ordem constitucional.

Muito bem, concluímos portanto, que as normas expedidas pelo Conama antes de 1988 são Constitucionais; já as que forem expedidas pelo Conama após 180 dias da promulgação da Constituição e que estiveram vinculadas a assuntos que na Constituição recebem a distinção "NA FORMA DA LEI " são inconstitucionais como por exemplo a 237/97 que teoricamente modifica a Resolução 1/86 e que tratam,

tanto uma quanto a outra de licenciamento ambiental. Portanto, eventuais autos de infração ou atos de fiscalização fundados na resolução 237 são ilegais posto que inconstitucionais, no mesmo vício incorreria o Decreto 3.179/99, base de praticamente todas as atuações ambientais.

O Professor Paulo Affonso Leme Machado, embora que por outros motivos concorda com a inconstitucionalidade dos principais artigos da Resolução acima citada (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental*. Ed. Malheiros, p. 99), vejamos:

O Conama através da Resolução 237/97, 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.).

Sobre a atuação do Conama em matéria de licenciamento há o preceito do artigo 8º. Da Lei 6938/81, e que sua redação deixa claro que "instituir normas e critérios para o licenciamento" não se confunde com atribuir competência para os entes federativos licenciarem. Tanto é que o artigo 8º. Liga a instituição das normas e critérios para o licenciamento "a ser concedido pelos Estados". Da mesma forma que o artigo 10, caput, da mencionada lei indica que licenciamento será feito pelo "órgão estadual competente." Uma Resolução Federal não pode alterar uma lei federal.

Sob todos os ângulos em que se vejam estes artigos, constata-se a invasão de competências e quebra da hierarquia administrativa, acarretando o vício de

inconstitucionalidade e ilegalidade dos artigos 4º. e 7º. da resolução inquinada. Nesse sentido o posicionamentos dos juristas Francisco Thomaz van Acker e Filippe Augusto Vieira Andrade.

Na obra que melhor enfrenta esta questão o Professor Luiz Carlos Sivla de Moraes (MORAES, Luiz Carlos Silva de. In: *Curso de Direito Ambiental*. Ed. Atlas) indica um quadro onde ensina que os assuntos fauna, flora, solo, subsolo e minerais estão sujeitos ao principio da reserva legal, ou seja, para se regulamentar tais assuntos somente por força de lei, não podendo haver delegação legislativa através de quaisquer tipos de atos administrativos como resolução, decreto, Instrução etc. Já, os assuntos recursos hídricos, ar, mar territorial comportariam a regulamentação por forma de atos administrativos (principio da legalidade) como, por exemplo, as resoluções do CONAMA, POIS NÃO FORAM SUBMETIDAS PELA CONSTITUIÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (NA FORMA DA LEI).

Em sentido contrário ensina-nos o professor Paulo Bessa Antunes com a pertinência que lhe é peculiar (Antunes, Paulo Bessa, *Direito Ambiental*, Ed. Lumen Juris. Pág. 1063.) “A toda evidência que o conteúdo da norma contida no artigo 25 do ADCT é o de fazer cessar qualquer efeito de delegação legislativa que tenha sido feita em favor do executivo pelo legislativo pré-constituente. É necessário ser mais explicito: o que foi declarado extinto pelo artigo 25 do ADCT foram às delegações feitas com base nos artigos 52/54 da Constituição de 1967. O poder regulamentar não é uma delegação do Legislativo ao Executivo; ao contrário, é uma atribuição inerente à natureza do próprio Poder executivo e decorre do artigo 2º. da Lei Fundamental da Republica. Observe que, no momento em que o Constituinte pretendeu estabelecer uma competência exclusiva do Congresso Nacional em matéria de Terras Indígenas, isto foi feito. Assim é que o artigo 49 da Constituição, em seu artigo XVI determina **o que é competência exclusiva do Congresso nacional.**”

Com a devida vênia, ousou discordar do Emérito Professor uma vez que o legislador constituinte não quis somente revogar as leis delegadas conferidas ao Presidente da República na EC 1/69, tanto que no parágrafo segundo a seguir extinguiu também os Decretos-Leis não apreciados até 180 dias da promulgação, isto demonstra que o espírito do legislador constituinte era naquele momento histórico de libertação livrar-se de qualquer resquício da ditadura, como leis delegadas e decretos leis.

Além disso em toda a Constituição podemos ver o constituinte nas mais variadas matérias, ora dizendo que tal assunto deva ser tratado na forma da Lei, ora na forma de Lei complementar, ora sem mencionar a Lei, indicando com isso apenas um ato normativo administrativo simples. Mais que isso, o constituinte até reconheceu que em certas matérias necessário que o executivo possa legislar com independência do legislativo ao excepcionalizar no artigo 237 da constituição “ que a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais a defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.” Isto naturalmente se justifica em função da agilidade necessária a estas áreas de atuação, que não coadunam com o moroso mas democrático processo legislativo.

Ao contrário o que o Constituinte parece-me quis dizer, foi que a regulamentação de tais vícios autoritários deveriam ser “legalizados”. Tanto que recepcionou a todos.

Espero ter tornado evidente a necessidade premente de lei que regulamente a divisão de competências comuns do artigo 23 da Constituição, e definir claramente quem deve fazer o quê em termos ambientais no Brasil.

4. Como deve ser a Regulamentação?

Recorrendo novamente ao insuperável Prof. Paulo Affonso Leme Machado (obra citada pag. 99) ensina-nos a respeito: “ A competência dos Estados para legislar,

quando a União já editou uma norma geral, pressupõe uma obediência à norma federal, se editado de acordo com a Constituição Federal. Situa-se no campo da hierarquia das normas e faz parte de um sistema chamado de fidelidade federativa. Não é a mesma situação perante a implementação administrativa da lei (artigo 23 da CF), onde não há hierarquia nas atuações de diferentes Administrações Públicas. A administração Pública Federal ambiental não está num plano hierárquico superior ao da administração pública ambiental estadual, nem esta situa-se em plano superior da administração pública ambiental municipal.

As atribuições e obrigações dos Estados e dos Municípios só a Constituição Federal poderá estabelecer. O arcabouço do país tem que estar estruturado na lei maior que é a constituição. Se leis ordinárias, se decretos, portarias ou resoluções, por mais bem intencionados que sejam, comecem a tirar direitos e obrigações para os entes federados subvertem-se totalmente os fundamentos da federação.

A lei complementar com base no artigo 23 parágrafo único da CF 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. A lei complementar não pode, especificar quais tipos de licenças ambientais a serem fornecidas pelos Estados e Municípios. Não é função da lei federal mencionada estabelecer prazos para os procedimentos administrativos estaduais e municipais, pois essa matéria integra a organização administrativa autônoma desses entes.

A lei complementar precisa interessar-se em fornecer diretrizes sobre a forma de as empresas públicas e privadas retribuírem as atividades governamentais de fiscalização no setor ambiental.

O perigo da simultaneidade de competências para implementação do controle ambiental é que todos os entes

federados ficaram competentes, mas nenhum deles tem assumido especificamente a melhoria da qualidade das águas, do ar e do solo e nenhuma instância governamental se responsabiliza pela conservação das florestas e da fauna.”

5. A aplicação no Licenciamento Petrolífero

Especificamente na área na exploração do petróleo já vimos acima que a Competência para Legislar sobre a plataforma continental é Federal, e que não está adstrito a o princípio da reserva legal (na forma da Lei) o órgão ambiental pode traçar normas relativas à exploração do Petróleo, e o fez efetivamente através da Resolução Conama 23/94. É de ressaltar-se entretanto que a referida Resolução além da Licença Prévia (LP) Licença de Instalação (LI) e a Licença de Operação (LO) devidamente instituídas pela Resolução 1/86, criou outras duas licenças para a exploração do petróleo, quais sejam a Licença Prévia de Perfuração (Lper) e a Licença Prévia de de Produção para Pesquisa (Lppro) que contenha Estudo de Viabilidade Ambiental, remetendo-nos novamente a discussão anterior sobre a constitucionalidade de resoluções e não de leis para criar novas formas de licenças uma vez que o inciso IV do Artigo 225 da Constituição impõe a forma legal para a exigência de Estudos de Impactos Ambientais com possibilidade de significativa degradação. Ressalto por exemplo que o Estatuto das Cidades através do Poder executivo também inovou ao criar o Estudo de Impacto sobre a vizinhança (EIVI), mas coerentemente não o fez através de ato administrativo do Ministério das Cidades, optou pela forma legal ao criar o Estatuto das Cidades. Respeitando assim o princípio Constitucional da reserva legal. Nota-se com isso que não é por ignorância que o legislador por vezes descumpra a Constituição, antes, é por opção, é pela comodidade do fazer mais fácil

Além disso a atividade de exploração de Petróleo ainda tem outras nuances, quais sejam, para se retirar o petróleo do mar e processá-lo nas refinarias, até chegue ao consumidor final, há um longo e perigosos caminho que podem exigir ainda outras licenças ambientais, por exemplo, para o transporte de combustíveis a Agência Nacional de Transportes tem Normas específicas para mesmo, quando transportado por oleodutos ou gasodutos, necessitará de Licenciamento Estadual, e as vezes Federal se quando for em área Federal ou até Municipal se for o caso de interesse local, tais instalações em regra, quando não há licenciamento específico para elas obedecem ao determinado na Resolução 1/86 e 237/94.

Por tudo isso evidencia-se a premente necessidade de regulamentação do referido artigo, em obediência aos preceitos constitucionais ambientais que naturalmente devem ser cumpridos em respeito a possibilitar a possibilidade de sobrevivência neste Planeta.

RESUMO

O presente trabalho trata da necessidade de regulamentação dos artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal, notadamente o artigo 23. A pretensão aqui é demonstrar a urgência de rever estes artigos ou de sua regulamentação, especialmente para legitimar o Poder de Polícia da Administração no que diz respeito à fiscalização ambiental.

ABSTRACT

The present work takes up the question of the need to regulate the articles 22, 23 and 24 of the Brazilian Federal Constitutional, notably article 23. The intention here is to demonstrate the urgency of reviewing these articles of regulating it, specially to legitimate the police power of the Administration on environmental inspection.