

Coordenador: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-chefe: Roberto Ferraz

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

33



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Artigo de Autor Convidado pela *RDTA/IBDT*

A Preservação do Meio Ambiente e o Exercício da Competência Legislativa pelos Entes Federativos para Cobrança de Taxa pelo Poder de Polícia

Environmental Protection and Legislative Competence on Brazilian Federation: the Environmental Oriented Levy Due to Police Power

Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Unip, Unifiteo, UniFMU, do Ciee/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - Eceme, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia).

Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC/Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio/SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

E-mail: igm@gandramartins.adv.br.

Resumo

O presente artigo lança breves apontamentos sobre a preservação do meio ambiente e sua relação com o exercício de competência legislativa pelos entes federativos na cobrança da taxa pelo exercício do poder de polícia. A partir de análise constitucional, e buscando apresentar algumas das principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, considera-se a taxa enquanto instrumento hábil a ser veiculado pelos entes federativos para a proteção ambiental.

Palavras-chave: taxas, preservação ambiental, competência legislativa, Constituição Federal de 1988.

Abstract

This article considers a few aspects of environment preservation and its report with legislative scope on a Federative System concerning the levy due for police power use. According to a constitutional law point of view analysis and aiming to present a few of the main doctrinaire and jurisprudential overviews on the issue, the specific environmental ordered levy is seen as capable of institution by the various entities that form the Brazilian Federation.

Keywords: specific environmental orders levies, legislative competence in a Federation, Brazilian Constitution.

Tecerei algumas considerações de natureza constitucional a respeito da competência legislativa de União, Estados, Distrito Federal e Municípios para regulamentar, em legítimo exercício do poder de polícia, a exploração do meio ambiente, visando sempre sua preservação.

A primeira consideração a ser feita diz respeito às competências legislativas privativas, comuns, concorrentes e suplementares, previstas nos artigos 22, 23, 24 e 30, incisos I e II, da Constituição Federal.

O primeiro artigo elenca a competência privativa da União para as matérias lá estabelecidas, entendendo eu, na linha de Fernanda Dias Menezes, que as competências privativas e exclusivas assemelham-se.

Por competência privativa entende-se aquela que pertence somente ao ente federativo indicado para legislar, sendo, pois, área constitucionalmente vedada a qualquer outra entidade da Federação, nesta matéria. Pertence o direito de legislar exclusivamente àquela pessoa jurídica de Direito Público designada.¹

No caso, o artigo 22 atribui à União e o artigo 30, inciso I, ao Município competências privativas sobre as áreas designadas nos dispositivos, muito embora à falta do vocábulo “privativo” no inciso I do artigo 30, muitos constitucionalistas entendam que a área não é exclusiva.²

Pessoalmente, considero que a exclusividade está no fato de que os assuntos de interesse local só podem interessar ao Município, entidade federativa erigida pela Constituição para administrar tais assuntos.

Nas competências comuns do artigo 23, todas as quatro entidades federativas têm poder de legislar, não havendo prevalência de uma sobre as outras. Nem mesmo o parágrafo único do artigo 23 sugere qualquer superioridade, pois cuida de cooperação entre iguais e não de subordinação de entidades, umas às outras.³

¹ Sobre este artigo Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve:

“Este dispositivo fixa a competência da União em matéria legislativa. Assim, *ipso facto*, circunscreve a competência que remanesce para os Estados (e indiretamente para os Municípios). Dele decorre também a esfera de competência do Congresso Nacional.

Consoante observa Pontes de Miranda, pela extensão do campo da competência legislativa da União de 1934 em diante, se foram, de mais e mais, apertando os laços entre os Estados-membros, como se foi procedendo a centralização, ao menos jurídica.” (Cf. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. T. II. São Paulo: Saraiva, s/d., p. 51)

“Legislar. O que se compreende no termo ‘legislar’? A doutrina norte-americana por muito tempo polemizou a este respeito, ao interpretar a chamada ‘cláusula de comércio’ da Constituição de Filadélfia (art. 1º, seção VIII, n. 3). Atualmente é pacífico que o poder de legislar ou de regular ‘é o poder de governar, isto é, o poder de restringir, proibir, proteger, encorajar, promover, tendo em vista qualquer objetivo público, desde que não sejam violados direitos constitucionais das pessoas’ (Edward S. Corwin, *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, Rio de Janeiro, Zahar, p. 48).” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 170)

² Celso Bastos ensina:

“O direito constitucional anterior já utilizava esta técnica de partilha de competências consistente em conferir ao município uma competência privativa, mas de natureza um tanto vaga ou indeterminada, sem as características das competências expressamente enunciadas. O que houve de novo foi o abandono da expressão ‘peculiar interesse’, cláusula-chave para determinação da competência constitucional desde 1891, pela expressão equivalente ‘assuntos de interesse local’. Portanto, este inciso ora examinado contém a explicitação da chamada competência privativa não enumerada do município.” (BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. T. II, 3º v. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 267)

³ José Afonso da Silva, didaticamente, fala da classificação das competências:

Tenho defendido que a lei complementar, quando cuida de normas gerais que obrigam União, Estados e Municípios, não é uma lei federal, mas nacional. Empresta, a União, seu aparelho normativo para que a Federação legisle, objetivando o equilíbrio do Estado, em suas diversas unidades. É de se compreender, pois, que não haja subordinação no exercício desta competência.⁴ Até porque se a União tem no presidente da República seu representante oficial, o Legislativo Federal é composto por deputados de todos os Estados e de muitos Municípios na Câmara, e por parlamentares de todos os Estados, no Senado Federal. A lei complementar, nesta hipótese, portanto, *não é uma lei da União, mas da Federação*.

Está o parágrafo único assim redigido:

“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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)”⁵

“Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.

Isso permite falar em espécies de competências, visto que as matérias que compõem seu conteúdo podem ser agrupadas em classes, segundo sua natureza, sua vinculação cumulativa a mais de uma entidade e seu vínculo à função de governo. Sob esses variados critérios, podemos classificar as competências primeiramente em dois grandes grupos com suas subclasses: I - competência material, que pode ser: a) exclusiva (art. 21); e b) comum, cumulativa ou paralela (art. 23); II - competência legislativa, que pode ser: a) exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º); b) privativa (art. 22); c) concorrente (art. 24); d) suplementar (art. 24, § 2º).

Essas competências, sob outro prisma, podem ser classificadas quanto à forma, conteúdo, extensão e origem.” (*Curso de Direito Constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1989, pp. 413-414)

⁴ Escrevi:

“Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.

É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, postase acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação - no que têm razão -, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental.” (BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. T. I, v. 6, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 79)

⁵ José Afonso da Silva assim o comenta:

“Normas de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É o que consta do parágrafo único do artigo em comentário. O sistema constitucional anterior consignava norma semelhante para dizer que a União, os Estados e os Municípios poderiam celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais. Era norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, porque não exigia lei para sua incidência. Agora o texto exige leis complementares que fixem normas para a cooperação entre as entidades componentes da Federação. Vale dizer: as normas estabelecidas nas leis complementares é que vão decidir da natureza e extensão da cooperação, mas a regra constitucional já indica seu objeto geral - ou seja: visa ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Isso parece limitar a cooperação a objetivos nacionais. É claro que nada impede que se faça a cooperação entre Estados, ou entre Estados e Municípios, visando ao equilíbrio e desenvolvimento e ao bem-estar em âmbito regional ou das comunidades locais. Isso, aliás, decorre da competência das entidades referidas, até sem a necessidade de uma norma como a que

Na competência concorrente, ao contrário, há um predomínio da União. Suas leis, pelo parágrafo 3º do artigo 24, versam matérias que determinam a prevalência da União. São leis ordinárias federais, isto é, da União, e não leis complementares, apesar de subordinarem, quando publicadas, às demais entidades, que poderão, todavia, em sua ausência, editar as leis que julgarem necessárias para o cumprimento do desiderato constitucional.⁶

Por isto fala, o constituinte, em “cooperação” entre as entidades federativas quando da competência comum, e em normas gerais “estabelecidas pela União”, se concorrente a competência. Estão os parágrafos 1º a 4º do artigo 24 assim redigidos:

“§ 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.”

Por fim, têm os Municípios uma competência legislativa suplementar, ou seja, de suprir as leis federais e estaduais, no que couber e, à evidência, por força dos artigos 25 e 29 da Constituição Federal, subordinadas estas às Constituições Federal e Estaduais.⁷

Em outras palavras, é meramente supletiva e não conflitiva, concorrente ou comum, a competência municipal, podendo apenas complementar, no interesse do Município, o que for omissivo nas legislações federal ou estadual sobre qualquer matéria, sujeita aos princípios e diretrizes da Constituição.

estamos comentando.” (*Comentário contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 279)

⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a competência concorrente escreve:

“Normas gerais. Em face do texto em estudo, sempre que a competência é concorrente, à União apenas cabe fixar ‘normas gerais’.

Não é fácil conceituar ‘normas gerais’ pelo ângulo positivo. Pode-se afirmar, e corretamente, que ‘normas gerais’ são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico. Sempre haverá, no entanto, em face de casos concretos, dúvida sobre até onde a norma será efetivamente geral, a partir de onde ela estará particularizando.

Mais fácil é determinar o que sejam ‘normas gerais’ pelo ângulo negativo. Quer dizer, indicar os caracteres de uma norma que não é ‘geral’; é, conseqüentemente, específica, particularizante, complementar.

Realmente são particularizantes as normas que visem a adaptar princípios, bases, diretrizes a ‘necessidades e peculiaridades regionais’, como está na parte final do art. 24, § 3º.” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 1, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 191-192)

⁷ Os *caputs* dos artigos 25 e 29 da CF estão assim redigidos:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...).”

A segunda consideração que faço é de que o meio ambiente é patrimônio nacional que cabe à Federação preservar, estando o *caput* do artigo 225 assim redigido:

“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.”

Não fala, o constituinte, em União, ou Estado ou Município ou Distrito Federal. Fala em Poder Público, ou seja, a própria Federação, por suas entidades constitutivas. E impõe até mesmo à sociedade sua participação direta na preservação.

A norma constitucional do dispositivo, à nitidez, compõe-se com a competência legislativa comum das entidades federativas em definir regras para preservação ambiental. Não há distinção, em nível de responsabilidade dos entes mencionados, os quais, com a coletividade, devem zelar pelo patrimônio nacional para esta e futuras gerações.⁸

Claramente, a água é um dos mais relevantes bens a ser conservado em prol do meio ambiente.⁹

Em 1980, em visita ao Worldwatch Institute, sediado em Washington, entidade especializada em estudos antecipatórios, conversando com Lester Brown, um

⁸ Alexandre de Moraes escreve:

“A Constituição Federal de 1988 consagrou como obrigação do Poder Público a defesa, preservação e garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Como bem salientado por Raul Machado Horta, ‘a Constituição da República de 1988 exprime o estágio culminante da incorporação do Meio Ambiente ao ordenamento jurídico do País’.

Assim, no ‘*caput*’ do art. 225, o texto constitucional afirma que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, suscitando diversas questões quanto à efetividade de sua proteção.

A proteção do meio ambiente pelo Direito Constitucional e pelo Direito Internacional suscita diversas vezes conflitos com a clássica noção de soberania, pois como salienta Guido Fernando Silva Soares, ‘no fundo, o meio ambiente é um conceito que desconhece os fenômenos das fronteiras, realidades essas que foram determinadas por critérios históricos e políticos, e que se expressam em definições jurídicas de delimitações dos espaços do Universo, denominadas fronteiras’.

Na verdade, ventos e correntes marítimas não respeitam linhas divisórias fixadas em terra ou nos espaços aquáticos ou aéreos, por critérios humanos, nem as aves migratórias ou os habitantes dos mares e oceanos necessitam de passaportes para atravessar fronteiras, as quais foram delimitadas, em função dos homens.” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.038)

⁹ Leia-se:

“Desenvolvimento Nacional e questão ambiental: STF - ‘O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legítimo em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações’ (STF - Pleno - ADI 3.540-MC - rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 1^o-09-2005)” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 2.042-2.043)

de seus fundadores e autor do famoso livro *29º dia* - em que, a partir da experiência realizada por alunos franceses, que, nas escolas de 1º grau, plantam feijões numa garrafa com terra, observando que a planta cresce até o 29º dia e depois começa a morrer, por falta de ambiente no limitado espaço em que se encontra - mostrava ele que a terra está se aproximando de um 29º dia, na preservação ambiental.¹⁰ Ora, na conversa que mantivemos - fora convidado pelo governo americano para participar de um evento que se prolongou por três semanas sobre "Propostas para a década de 80" - dizia ele que, até o fim da primeira metade do século XXI, o problema da água seria o mais grave a ser enfrentado pela humanidade e a proteção dos recursos hídricos e seu correto aproveitamento, o grande desafio de todos os governos.

O tema é estudado por Thomas Friedman, no seu livro *Quente, plano e lotado*,¹¹ sustentando que a necessidade de recompor o planeta para que se transforme em um "Planeta Verde", com energia limpa, exige política de águas condizente com a política energética.

Há de se compreender, pois, a preocupação do Constituinte com a proteção do grande patrimônio ambiental e comunitário que é a água, razão por que colocou na competência comum de todos os entes federativos, no inciso XI do artigo 23, a responsabilidade de *registrar, acompanhar e fiscalizar*¹² as concessões de direitos de pesquisa e exploração dos recursos hídricos, estando o *caput* do dispositivo assim redigido:

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

¹⁰ BROWN, Lester R. *The Twenty Ninth Day: Accommodating Human Needs and Numbers to the Earth's*. Nova York: W. W. Norton Company Inc., 1978.

¹¹ FRIEDMAN, Thomas. *Quente, plano e lotado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

¹² Escrevi:

"A própria expressão 'registrar', a meu ver, implica, inclusive, o direito de *negar a exploração*. A título apenas exemplificativo, e utilizando um exemplo '*in extremis*', se se encontrasse uma reserva mineral de larga escala e grande valor no subsolo da Avenida Paulista, a mais valorizada da cidade de São Paulo, onde se concentram os melhores prédios e o centro financeiro do Estado e do Brasil, à evidência, mesmo que a União autorizasse a destruição de todos os prédios e a sua transformação em um canteiro de obras e de extração, tanto o Estado de São Paulo, quanto o Município poderiam não registrar a exploração. Neste particular não prevaleceria o texto ordinário sobre a legislação sobre minérios - que é em grande parte anterior à Carta Magna -, pois a Lei Maior de 1988 permite, nos assuntos de seu peculiar interesse, ao Município legislar, como ao Estado, conforme os artigos 25 e 30, incisos I, IV, VIII e IX da CF.

Raciocinar de forma contrária seria, em verdade, tornar a lei estadual ou municipal, na hipótese, extremamente aviltada, *se a União autorizasse* e esta autorização terminasse prevalecendo sobre Estados e Municípios. Haveria uma hierarquização de competências, nitidamente não constante da Constituição, que só a admitiu na competência concorrente do artigo 24, e não na comum do artigo 23.

Como o texto atual não possui palavras inúteis, claramente, 'registrar' tem sua relevância e densidade no texto, e não pode ser desconsiderada em face da equiparação constitucional das esferas federativas, no que diz respeito à competência comum.

Por outro lado, 'acompanhar' e 'fiscalizar', implica, como 'registrar', um autêntico exercício do poder de polícia, que a Constituição permite seja coberto, em seus custos, pelas taxas, cuja dupla faceta, uma delas diz respeito a seu próprio exercício" (parecer publicado na RT 919, maio 2012, pp. 424-425).

Esta competência é comum, independente da “competência de atribuições” da União em instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorgas de direito de uso. São duas competências distintas.

Está o artigo 21, inciso XIX, da Lei Suprema assim exposto:

“Art. 21. Compete à União: (...) XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; (Regulamento) (...)”¹³

É interessante notar que, para a competência de atribuições do artigo 21, não utiliza o constituinte o advérbio “privativamente”, como o fez na competência legislativa da União, no inciso XXII, em que não há qualquer referência à exclusividade da competência federal sobre recursos hídricos, embora possa genericamente legislar sobre água, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão (inciso IV).

É que, sendo a competência da União comum nesta matéria, toda a competência de atribuições do artigo 21 pode deslocar-se para uma das quatro formas de exercício do poder de produzir leis, expostas nos arts. 22, 23, 24 e 30, inciso II, do diploma maior da República Brasileira.

Como se percebe, a junção dos dois dispositivos, ou seja, o inciso XIX do artigo 22 e o inciso XI do art. 23, permite livre atuação dos diversos entes federativos, cabendo apenas, em nível de competência de atribuições, à União, a formulação de critérios para gerenciamento do sistema e definição das outorgas de exploração. Nada impede, inclusive, se assim for necessário, em função do interesse da preservação do meio ambiente, no exercício destas competências, que delegue tais poderes, em face de não ser tal competência exclusiva, como o é aquela indicada no art. 22 da Lei Suprema.¹⁴

É de se lembrar o artigo 176 da CF, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

¹³ Alexandre de Moraes preleciona: “O texto constitucional enumera as matérias nas quais existe a coincidência entre os interesses geral, regional e local, disciplinando, ainda, que leis complementares federais 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.

Observe-se que a edição das citadas leis complementares deve observar o princípio básico adotado pelo legislador constituinte em relação à distribuição de competências, ou seja, deve balizar-se pela predominância do interesse.” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 631)

¹⁴ Defendi a posição nos comentários que elaborei à CF no concernente ao artigo 23, inciso XI: “O regime jurídico das transferências dos encargos de exploração de tais riquezas (concessão, permissão ou autorização) torna, todavia, mais fluido o controle da União, sobre permitir a entrada de outras entidades federativas na área de atuação, até mesmo por delegação constitucional.

(...)

Os interesses, portanto, estão interligados. Há de se entender, por conseguinte, a competência comum que o constituinte ofertou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no que diz respeito a essa matéria.” (BASTOS, Celso; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. T. I, 3º v. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 461-462)

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o 'caput' deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.¹⁵

No que concerne ao potencial de energia hidráulica, cuida a Lei Suprema da outorga de aproveitamento, com sua natural disciplina jurídica, não sendo despidendo citar que o artigo 20, inciso III, da Lei Suprema, declara que:

"Art. 20. São bens da União (...)

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (...)."

Ora, a outorga de concessão para exploração de potencial energético não retira dos Estados e dos Municípios o direito de fiscalização assegurado pelo artigo 23, inciso XI, pois atividades diversas, mormente levando-se em consideração que, passando os rios pelos territórios dos Estados e dos Municípios, podem afetá-los, se tais recursos e potenciais não forem bem geridos, comprometendo não só o meio ambiente, como, indiretamente, a própria economia da região.¹⁶

Este é motivo pelo qual, por considerar de tal relevância a preservação dos recursos hídricos, o constituinte impôs a todas as entidades federativas a respon-

¹⁵ Cretella Jr. comenta:

"Igualmente os potenciais de energia hidráulica, ou seja, as fontes produtoras de energia hidráulica, pela primeira vez, por sua importância, em nossos dias, foram incluídos entre os bens da União, ou seja, entre os bens públicos dominicais federais (art. 20, VII), sendo seu aproveitamento efetuado mediante autorização ou concessão outorgadas pela União, no interesse nacional e por brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional, na forma da lei." (*Comentários à Constituição 1988.V. VIII*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, pp. 41-45)

¹⁶ Carlos Gomes de Carvalho escreve: "O *substratum* filosófico do Direito Ambiental é o entendimento de que o bem jurídico a ser protegido não é só mensurável em termos econômicos mas que inclui outros aspectos imprescindíveis e basilares da condição humana: a saúde física e emocional, os valores culturais, estéticos e recreativos, enfim a qualidade de vida.

O Direito Ambiental nasce portanto com uma dupla função: estabelecer a predominância do interesse coletivo sobre o indivíduo, com base no que o mestre Orlando Gomes dizia ser: 'a socialização da proteção jurídica contra o uso nocivo da propriedade ou o abuso da liberdade da indústria'; e, simultaneamente, ser a afirmação de um novo conceito da relação entre o homem e a natureza." (*Introdução ao Direito Ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Letras & Letras, 1991, p. 23)

sabilidade de fiscalização, regulamentação e acompanhamento de pesquisa e exploração de tais recursos.

Neste ponto é fundamental, até por uma homenagem à inteligência do constituinte, lembrar que, se a fiscalização, a partir do respectivo registro, tivesse sido deixada às competências de atribuições e legislativa apenas da União, não teria sentido falar em competência de Estados, Municípios e Distrito Federal e impor também registro, acompanhamento e fiscalização para tais entidades *nesta exploração*, repito, naquilo *que dissesse respeito às repercussões que tal exploração viesse a causar em seu meio ambiente*.

Em outras palavras, na outorga de concessões, com implantação do sistema de gerenciamento de recursos hídricos, cabe à União concedê-la e deve definir o sistema, mas pertine à União, Estados, Municípios, o acompanhamento e a fiscalização com respectivo registro, de sua pesquisa e exploração, no que concerne ao controle impeditivo de impacto ambiental negativo de tal exploração sobre seu território.

Pode, portanto, o Estado para o “custo fiscalizatório” da exploração e pesquisa sobre recursos hídricos, impor taxa correspondente, objetivando impedir a degradação do meio ambiente em seus limites de atuação, pois a todo serviço público em prol da comunidade, que constitua exercício do poder de polícia, permite às entidades federativas o direito de cobrar a espécie tributária, denominada taxa.¹⁷

A terceira consideração preliminar diz respeito a essa espécie tributária.

Em 1985 organizei, a pedido do Ministro José Carlos Moreira Alves, o X Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária - Escola de Direito, subordinado ao tema “Taxa e preço público”, matéria que estava sendo discutida no Pretório Excelso para determinar as fronteiras constitucionais das duas formas de cobrança por parte do poder público por serviços prestados à sociedade.

Participaram do livro os seguintes autores: Alcides Jorge Costa, Américo Masset Lacombe, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Carlos da Rocha Guimarães, Edvaldo Brito, Gilberto de Ulhôa Canto, Hamilton Dias de Souza, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Marco Aurélio Greco, Sacha Calmon Navarro Coêlho, Toshio Mukai, Vittorio Cassone,

¹⁷ Escrevi:

“Em visão maior da noção de serviço público, sobre a qual tantos autores no Brasil e em outros países se debruçaram, não há por que excluir o exercício do poder de polícia como serviço público.

O poder tributante não exerce o poder de polícia para justificar a cobrança da taxa pertinente, mas cobra a taxa relacionada porque exerce o poder de polícia. E o poder de polícia é serviço público profilático, objetivando orientar o comportamento social e empresarial, dentro de regras de ordem e coerência.

Não tivesse natureza de serviço público, a taxa remuneratória pertinente não teria a conformação de tributo, posto que o exercício do poder de artificialmente criado e desrelacionado do interesse social, representaria ‘ficção jurídica’, inadmissível para a imposição tributária.

O exercício do poder de polícia ‘*lato sensu*’ é um serviço público prestado pelo ente tributante, a quem é facultado ressarcir-se pela espécie tributária denominada ‘taxa.’” (*O sistema tributário na Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89)

Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães e Zelmo Denari, tendo o tema do serviço público pelo exercício do poder de polícia sido tangenciado quando da discussão dos limites de sua cobrança.¹⁸

Na oportunidade escrevi, no longo trabalho apresentado, que:

“Normalmente, em direito, as expressões são auto-explicáveis.

‘Serviço público’, como a própria conformação gramatical sugere, é um serviço prestado ao público, de benefício do público e ofertado pelo Estado ou por sua delegação. Sendo ‘serviço’, corresponde a algo que em sua prestação representa atividade destinada a beneficiar. Sendo ‘público’, atinge dupla dimensão, ou seja, aquela relacionada com o ente que presta, necessariamente ‘público’ ou delegado, e aquela outra de natureza comunitária.

Do que se expôs, pode-se tirar uma primeira e elementar conclusão, antes de entrarmos na análise do que seja atividade do Estado, do que seja serviço público e do que seja sua remuneração. A conclusão é de que nas duas formas de serviços públicos remunerados por taxas (poder de polícia e contraprestacional), aquele conformado pelo poder de polícia tende a beneficiar mais a comunidade que ao usuário e a contraprestação mais ao usuário que à comunidade.”¹⁹

Com efeito, a taxa é expressamente definida, na sua delimitação constitucional, como espécie tributária, na quinquipartida divisão²⁰ consagrada pelo constituinte de 1988, no inciso II do art. 145, assim redigido:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (...).”

Como se percebe, o exercício do poder de polícia antecede a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, na dicção constitucional. E compreende-se, pois, o exercício do poder de polícia pelo Poder Público é função essencial, indispensável para o bem-estar social, cabendo ao Estado, por seus entes federativos, garanti-lo com permanente fiscalização ao fluir da vida comunitária, evitando distorções, distúrbios ou desagregação do tecido social por atividades que possam desfigurá-lo.

O serviço público de natureza contraprestacional, específico e divisível, é relevante, mas será prestado na medida da necessidade do povo, razão pela qual houve por bem o constituinte, em ordem cronológica de importância, colocar, em primeiro lugar, o serviço, remunerado por taxa, pelo exercício do poder de polícia.²¹

¹⁸ “Taxa e preço público”. *Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 10. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Resenha Tributária, 1985.

¹⁹ “Taxa e preço público”. *Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 10, 2ª tir. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Resenha Tributária, 1991, p. 160.

²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As espécies tributárias numa divisão quinquipartida*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

²¹ Américo Masset Lacombe escreve:

É evidente que julgou, o constituinte, tão relevante a fiscalização e acompanhamento da exploração e pesquisa dos recursos hídricos, que não teve qualquer dúvida em colocar tal poder de polícia, tal incumbência constitucional na competência da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Ora, o artigo 77 do CTN, que antecede a própria Constituição de 1967, definiu o serviço público remunerado por taxa como:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. (Vide Ato Complementar nº 34, de 1967)”²²

Aires Fernandino Barreto explica:

“Examinemos a primeira variável da subespécie do tributo vinculado laxa: a exigida com fundamento no exercício regular do poder de polícia. Insta acentuar, desde logo, que se trata de uma subespécie gênero; é dizer, encerra em seu bojo vários tipos de taxa. Daí resultar mais preciso falar em taxas exigidas com suporte no exercício regular do poder de polícia.

Para destrinçar o conteúdo da expressão ‘poder de polícia’, vamos recorrer nos ensinamentos de Cirne Lima e de Celso Antônio Bandeira de Mello. O mestre gaúcho ensina que a ‘... intervenção reguladora da administração pública, reclamada pelas próprias contingências do tempo, do espaço e do convívio em sociedades representa as limitações que pode o

“O conceito de serviço público é um conceito jurídico-positivo e não lógico-jurídico. O autor citado, mais adiante (18) demonstra a impossibilidade de uma definição não formal de serviço público: ‘Haverá serviço público quando o legislador atribua um regime especial - o administrativo - a determinadas atividades’. E define: ‘Serviço público ou atividade pública é aquela que se consubstancia através do regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios. Este regime especial instaura procedimentos exorbitantes do direito privado, é derogatório das regras de direito comum e constitui uma situação privilegiada em favor de uma das partes (o Poder Público), excepcionando a igualdade comutativa das situações e vontades jurídicas. Não é, pois, uma qualidade da própria atividade; apenas decorre do regime normativo’. E complementa, com apoio em Jêze, que o único critério válido para reconhecer a existência de serviço público consiste em perquirir a vontade legislativa.” (“Taxa e preço público”. *Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 10, 2ª tir. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista Tributária, 1991, p. 18)

²² “Taxa de licença para localização, instalação e funcionamento. Caixa Econômica Federal. Inexistência de afronta aos arts. 18, I, e 163 da Constituição Federal (Emenda Constitucional n. 1/69) O Supremo Tribunal Federal tem admitido a constitucionalidade da taxa de licença para localização, instalação e funcionamento de estabelecimentos comerciais e similares, desde que haja órgão administrativo que exerce o poder de polícia do Município e que a base de cálculo não seja vedada. O fato de a Constituição anterior ter atribuído à União, com exclusividade, a intervenção no domínio econômico (art. 163) não limita ou restringe o exercício do poder de polícia da entidade municipal, cuja competência para a imposição de tributos, aí compreendidas as taxas, decorre do próprio texto constitucional. Recurso extraordinário não conhecido’ (STF, 1ª Turma, RE 222.915-5/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08.09.1998, DJU 05.02.1999, p. 32).” (COSTA, Regina Helena. *Código Tributário Nacional comentado*. São Paulo: RT, 1999, p. 365)

poder público impor ao exercício das garantias individuais, preservadas pela Constituição’.

E, mais adiante, respondendo a pergunta retórica, explícita que a conceitualização de polícia pode ser sintetizada como a contrapartida da justiça. No presente, preleciona o mestre, dita palavra expressa ‘ toda limitação ou restrição posta coercitivamente pelo Estado à atividade ou propriedade privada, para o efeito de tomar possível, dentro da ordem, o concorrente exercício de todas as atividades e a conservação perfeita de todas atividades privadas’.

A seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a atividade estatal que tem por fim ‘condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-a aos interesses coletivos designa-se ‘poder de polícia’. (...)

Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente da liberdade e da propriedade dos cidadãos’.

Dos conceitos e observações em torno do poder de polícia, expendidos por dois dos nossos mais luminares doutrinadores, deflui que o poder em questão é ínsito a todo ente político.”²³

No momento em que a Constituição outorga a todos os entes federativos a competência legislativa para “registrar, acompanhar, fiscalizar” a pesquisa e exploração dos recursos hídricos, e na medida em que tal fiscalização é exercida por qualquer destes entes, sendo a fiscalização típico exercício do poder de polícia, é evidente que tal fiscalização pode ser remunerada pela espécie taxa. Reitero, todavia, que o poder de polícia objetiva evitar a degradação do meio ambiente no território de cada entidade federativa, mesmo que o bem fiscalizado seja de outra entidade.

Referências Bibliográficas

- BARRETO, Aires Fernandino. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. V. 1, 7ª ed. Coord. Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BASTOS, Celso; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. T. I, 3º v. São Paulo: Saraiva, 2001.
- . *Comentários à Constituição do Brasil*. T. II, 3º v. São Paulo: Saraiva, s/d.
- . *Comentários à Constituição do Brasil*. T. I, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BROWN, Lester R. *The twenty ninth day: accommodating human needs and numbers to the Earth's*. Nova York: W. W. Norton Company, 1978.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Letras & Letras, 1991.
- COSTA, Regina Helena. *Código Tributário Nacional comentado*. São Paulo: RT, 1999.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição 1988*. V. VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

²³ *Comentários ao Código Tributário Nacional*. V. 1, 7ª ed. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 685.

- . *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo: Saraiva, s/d.
- FRIEDMAN, Thomas. *Quente, plano e lotado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- LACOMBE, Américo Masset. “Taxa e preço público”. *Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 10, 2ª tir. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Resenha Tributária, 1991.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.
- . *As espécies tributárias numa divisão quinquipartida*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.
- . *O sistema tributário na Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- . “Taxa e preço público”. *Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 10. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Resenha Tributária, 1991.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- . *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- . *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1989.