

A federação imperfeita e o Direito Ambiental¹

Oswaldo Luiz Palu²

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Palavras-chave: Competência Legislativa Concorrente. Competência Administrativa. Direito Ambiental.

1. Introdução

Como se sabe, a forma federal de Estado surge ao longo do processo histórico de formação dos Estados Unidos da América. No contexto da elaboração da Constituição americana de 1787, os diversos Estados independentes então existentes, membros da Confederação americana, optaram por renunciar a suas respectivas soberanias em prol de um Estado único, do qual passaram a ser Estados-membros. Por não gozarem de soberania, não mais poderiam se autodeterminar plenamente, estando, sempre, submetidos ao poder central, soberano. No entanto, possuiriam autonomia, o que lhes asseguraria as garantias de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercidos nos limites de suas competências. Neste primeiro momento, conhecido como **federalismo clássico ou dual**, a divisão de poderes entre a União, de um lado, e os Estados-membros, de outro, era, fundamentalmente, de exclusão mútua. Ambas as esferas possuíam áreas de atribuições definidas, que se limitavam de forma recíproca³.

Ao longo do século XX, o papel da União no arranjo federal aumentou gradativamente, em decorrência, principalmente, da crescente necessidade de regulação nacional do sistema econômico, notadamente após a Grande Depressão da década de 1930, e da própria passagem do Estado liberal, respeitador de liberdades públicas, para o social ou intervencionista, responsável, diretamente, pela concretização de inúmeros direitos sociais de seus cidadãos. Alteraram-se, com isso, as relações entre União e Estados-membros, resultando no denominado “**federalismo de cooperação**”. Este caracteriza-se, resumidamente, pela preponderância da União na partilha de poderes e pela necessidade de **cooperação** entre todas as esferas federais para a consecução de objetivos comuns⁴. Verifica-se, ante a necessidade de divisão de tarefas entre União e Estados-membros, que o tema da repartição de competências ocupa espaço central em uma federação. Afinal, a realização de determinada função, por parte de ente federado, pressupõe que a respectiva competência lhe tenha sido atribuída. O conceito de Estado federal é, essencialmente, **normativo**, mas não convém esquecer circunstância que deve estar presente em toda federação, ainda que teoricamente, lembrança realizada por ninguém menos do

¹ Colaborou o advogado Guilherme Augusto Azevedo Palu, especialmente na pesquisa de Direito Comparado.

² Integrante da 9ª Câmara de Direito Público e da 1ª Câmara Reservada ao Direito Ambiental. Mestre em Direito Público (PUC/SP). Doutor em Direito do Estado (USP).

³ Cf. SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 26.

⁴ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 38.

que o maior jusfilósofo do século XX, Hans Kelsen, que afirmou estar presente em uma federação, além da ordem **local** e da ordem **central** (parciais), uma ordem constitucional **total**, responsável pela convivência das demais. O Poder Legislativo da ordem **central** pode atuar como legislador da ordem **total** (nacional) ou da ordem **central parcial** (federal). Trata-se de mera repartição de competências, atribuída pela Constituição.

Nosso sistema federal foi inaugurado com a Constituição de 1891, inspirado nos EUA. Mas a partir da Constituição de 1934 começa a haver grande expansão das competências da União em detrimento da dos Estados-membros. Tal escalada eleva-se nas Constituições de 1967/69, mas chega ao seu cume na Constituição de 1988, **extremamente centralizadora** (ao contrário do que se propaga), mas que dissimulou a tendência, inserindo, por exemplo, de modo singular em relação ao federalismo padrão, municípios como entes federados autônomos (arts. 1º e 18 da CF/88). “Status” de ente federal, mas não recursos correspondentes. O fato é que tanto a autonomia dos municípios como a dos estados ficou bastante ameaçada em razão da excessiva aglutinação de funções e recursos financeiros no governo central⁵.

A Constituição de 1988, de modo geral – mas em particular na questão das competências dos entes federados –, é confusa, assistemática e contraditória, além de centralizadora, e gerou três níveis de burocracia, sem qualquer organização, voltando às desvantagens do ultrapassado **federalismo dual**, especialmente no custo da burocracia, sem as vantagens de eficiência de um Estado unitário. Então, se em 1891 o Brasil pretendeu ser um Estado federal, dadas as características da sua evolução constitucional e principalmente da Constituição de 1988, está, hoje, mais próximo do que seja um Estado unitário, imperfeito e oneroso, como se viu.

O que restaria do Estado federal de 1891, na Constituição de 1988, não evoluiu além do rebarbativo, antiquado e onerosíssimo **federalismo dual**, mas foi agravado com a justaposição de estruturas administrativas (federal, estaduais e agora municipais) para a consecução de **finalidades afins**, a gerar intermináveis conflitos de atribuição e competência, ineficiência e, claro, gastos dúplices com a estrutura administrativa. A estrutura constitucional do Poder Judiciário foi particularmente desfigurada, com a criação de inéditas, disfuncionais e onerosas quatro instâncias judiciárias. Não por acaso é a segunda estrutura judiciária mais cara no globo, sorvendo 1,2% do PIB, aproximadamente, para seu custeio.

2. O poder normativo do Estado: o modelo da CF/88 na repartição de competências

No que nos interessa, o esquema de partilha de competências entre os entes federados possui inspiração na Lei Fundamental alemã de 1949 (GG/49), a qual reparte as competências de caráter legislativo e administrativo de forma separada, tese também cara a Fernanda Dias Menezes de Almeida⁶. Mas o modelo alemão tem grande racionalidade, sem ser centralizadora.

⁵ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 42-43.

⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas 2000.

3. O modelo alemão (lei fundamental de 1949)

No ordenamento que serviu de inspiração aos constituintes de 1988 (no ponto em particular, não na inspiração ideológica), as competências administrativas estão disciplinadas nos arts. 30 e 83 e seguintes da GG/49.

Como norma geral (art. 30 e 83 da GG/49), a execução de competências administrativas genéricas (não-acessórias à determinada lei federal) e das leis federais é função dos Estados-membros, salvo quando disciplinado constitucionalmente de forma diversa. Na Alemanha, com isso, as competências administrativas concentram-se nos Estados-membros. Note-se, também, que há, no país, grande preocupação em disciplinar a partilha de competências entre os entes federativos de maneira clara e congruente, ficando vedada a interferência federal indevida em questões de competência estadual.

A execução de leis federais, em regra, fica a cargo dos Estados-membros, que a implementam de forma independente, com seu corpo burocrático e de servidores, sem estarem submetidos a diretivas federais (ressalvada a hipótese do art. 84 (5) da GG/49)⁷. A União, ou Federação, em tais casos, limita-se a conferir a legalidade da atuação da administração pública estadual pertinente. Municípios não fazem parte do Estado federal na Alemanha.

Excepcionalmente, contudo, os Estados-membros executam leis federais em nome e por conta da União (art. 85 da GG/49). Em tais casos, elencados necessariamente na GG/49, a cúpula da administração pública estadual encontra-se vinculada às diretrizes determinadas pela União, a qual, além disso, também pode fiscalizar sua correta implementação. Ressalte-se, todavia, que os Estados-membros continuam competentes para a execução dos referidos atos normativos. A diferença fundamental consiste em que, nesta hipótese, a União, quando julgar necessário, pode dirigir a atuação estadual, garantindo a observância de seus interesses. Como exemplo, cite-se a execução da Lei de Energia Atômica alemã, de 1960 (art. 87c GG/49 em conjunto com o § 24 (1), da Lei de Energia Atômica).

Além da exceção acima, há outra excepcionalidade à regra geral: as hipóteses em que a União, diretamente, executa suas leis ou é competente administrativamente pela realização de tarefas não-acessórias à determinada lei federal. O exercício de tais competências administrativas é, em alguns casos, facultativo e, em outros, obrigatório, e pode se dar por meio da administração pública direta ou indireta, a depender da situação concreta. Exemplos a este respeito encontram-se nos arts. 87b e d, 88, 89, 90 (3) da GG/49, bem como em dispositivos de seu capítulo X (que trata de questões financeiras e orçamentárias). Especificamente, pode-se mencionar a administração do espaço aéreo do país (art. 87d da GG/49). Por fim, há os controversos casos das denominadas competências administrativas não-escritas. Em geral, elas divergem da regra geral dos arts. 30 e 83 da GG/49, incumbindo à União sua execução. Necessitam, de qualquer forma, de justificativa para existir, a qual pode decorrer, por exemplo, da “natureza da coisa” (como a implementação de programas de radiodifusão para alemães no exterior) ou do próprio “contexto da situação”.

⁷ Note-se que a execução de leis estaduais, a qual, evidentemente, também cabe aos estados-membros, não está disciplinada na GG/49.

Na prática, as funções administrativas são atribuídas, em sua maior parte, aos **Estados-membros**. Além disso, a **previsão constitucional de competências administrativas comuns é estranha ao país**.

Em relação às **competências legislativas**, disciplinadas nos arts. 70 e seguintes da GG/49⁸ a regra geral é ditada pelo art. 70 (1) da GG/49, que encarrega os **Estados-membros de tais competências**, salvo quando constitucionalmente disposto de forma diversa. A prevalência da esfera estadual sobre a federal em matérias de competência legislativa, contudo, é, ao contrário de no campo das competências administrativas, apenas aparente. Afinal, à União incumbe legislar a respeito de grande parte das questões. As competências privativas da União estão previstas nos arts. 71 e 73 da GG/49 e, como no sistema brasileiro, tais matérias cabem, exclusivamente, ao poder central, a não ser que a União, expressamente, autorize os estados a discipliná-las. Ademais, há as competências concorrentes, previstas nos arts. 72 e 74 da GG/49. Nestas questões, a competência legislativa pertence aos estados, quando e na medida em que a União não tiver exercido sua própria competência. Em geral, ela pode exercer sua competência legislativa concorrente livremente. No entanto, em relação às matérias do art. 72 (2) da GG/49, a União pode legislar apenas quando comprovado que a legislação federal é realmente necessária (por exemplo, acerca do direito de permanência de estrangeiros no país). Nos casos de competência concorrente, a legislação federal, na Alemanha, prevalece sobre a estadual. **No entanto, o art. 72 (3) da GG/49 determina matérias em relação às quais os Estados-membros podem emitir lei divergente da União (exemplificadamente, recursos hídricos)**.

Some-se a tal racionalidade o fato de que – nos eventuais conflitos que possa haver – as 1ª e 2ª instâncias judiciárias na Alemanha são unicamente estaduais, **não havendo duplicidade** estadual/federal, não havendo conflitos de competência ou de jurisdição entre quem vai decidir a questão, sendo que apenas tribunais superiores, como a Corte Constitucional, são cortes federais.

4. Competências legislativas na Constituição de 1988

A CF/88, em relação às competências legislativas, como se disse, é confusa. Por um lado, estabelece competências **privativas** aos entes federados, **divididas horizontalmente**. Por outro, determina competências **concorrentes** da União, Estados-membros e Distrito Federal, bem como a competência **suplementar** dos municípios, divididas de maneira **vertical** entre os membros da Federação.

As competências legislativas **privativas, exclusivas, da União** estão previstas exaustivamente no art. 22 da CF/88. Elas podem, se de interesse da União, ser delegadas aos Estados-membros por meio de lei complementar, segundo o parágrafo único do art. 22 da CF/88. As dos Estados-membros, por sua vez, constam do art. 25, §§ 1º, 2º e 3º e do art. 18, § 4º, todos da CF/88. Em suma, possuem competências **residuais**, não enumeradas, remanescentes em relação às da União, além de poderem legislar sobre a criação de municípios, instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e sobre a exploração dos serviços locais de gás. A referida **competência residual**,

⁸ A tal respeito, note-se que há algumas outras competências legislativas previstas em outros locais da GG/49, bem como as não-escritas. Como a análise exauriente deste tema ultrapassa os objetivos do presente artigo, elas não serão analisadas.

reminiscência história do início do federalismo, dado o grau de centralismo da CF/88, na prática, não tem quase relevância. Quanto aos municípios, detêm competência privativa para legislar sobre questões de interesse local, nos termos do art. 30, I, da CF/88.

Quanto às **competências legislativas concorrentes** – aquelas partilhadas entre União e Estados-membros (e Distrito Federal) nos termos do art. 24 da CF/88 –, aqui cabe à União a edição de **normas gerais** (art. 24, § 1º, da CF/88) e aos Estados-membros (e Distrito Federal) a de **normas suplementares** (art. 24, § 2º, da CF/88). Quando não houver **lei nacional** (editada pela União e não federal) estabelecendo norma geral, poderão os Estados-membros (e o Distrito Federal) determiná-la, para atender a suas necessidades (art. 24, § 3º, da CF/88). Tão logo, contudo, seja editada norma geral no âmbito nacional (da União), fica **suspensa a eficácia** (os termos são da Constituição; não parece ser o mesmo que revogação) da lei estadual (ou distrital) eventualmente existente a tal respeito (art. 24, § 4º, da CF/88), no que lhe contrariar. **Somente no campo da competência concorrente**. Vige, como no modelo inspirador, a regra segundo a qual “Bundesrecht bricht Landesrecht” (o direito federal corta o direito estadual).

Apesar de os municípios não serem mencionados no dispositivo acerca da competência concorrente, é-lhes atribuída competência **suplementar** à legislação **federal e estadual**, na medida em que cabível (**art. 30, II, da CF/88**). Por fim, a CF/88 disciplina, em relação ao Distrito Federal, que lhe cabem as competências legislativas reservadas tanto aos Estados-membros quanto aos municípios (art. 32, § 1º, da CF/88). Os municípios podem suplementar as leis nacionais e as estaduais; o ato de suplementação pode ser por lei local (municipal) ou atos normativos infralegais (decreto regulamentar – atos dos integrantes do Sisnama).

Prevalece o entendimento no STF de que, no eventual conflito entre normas de competências distintas, **aquela oriunda da competência privativa sobre a norma editada com fundamento na concorrente**; por outro lado, é postulado também prestigiado no STF de que no conflito de normas contraditórias ou incongruentes, oriundas das competências concorrentes, **valerá a mais restritiva**. Esta última posição é de duvidoso amparo constitucional, mais parecendo ser um caso de reserva de competência do que de hierarquia de normas. Deve tal postulado ser utilizado apenas no **real** conflito entre normas na **competência concorrente** (daí que um sistema confuso como o da Constituição de 1988 somente prejudique) a evitar mais problemas que soluções. Claro que no conflito entre competências privativas – de um lado – e concorrentes ou suplementares – de outro –, mesmo na hipótese de que a norma oriunda das últimas seja a mais restritiva, não tem validade o postulado da norma mais restritiva. Dada a redação do artigo 23, VII, da Constituição, não se pode deixar de entender que o Código Florestal é uma norma geral; como consequência, pode ser alvo de suplementação legislativa por estados e municípios. A razão pela qual não o fazem, ou a razão de nossa inextrincável mentalidade **centralista**, atávica e presente até hoje não é dada por juristas, mas por sociólogos ou historiadores⁹.

⁹ Em sua imortal obra *Os donos do poder*, Raymundo Faoro (São Paulo: Globo, 2001, p. 192 et seq.) dissecou as origens do antigo referido fenômeno, que se renova paroxisticamente, sob novas roupagens: “A Obra da Centralização Colonial. A obra de resguardo do fisco, do patrimônio real, destrói todas as formas de autoridade local, vinculada às populações e solidária com seus interesses; as milícias de recrutamento nas vilas e nos sertões cedem o lugar aos efetivos portugueses, castrados os capitães-mores com o Regulamento de 1709. O Senado da Câmara desce de sua efêmera dignidade, reduzido a simples auxiliar dos senhores que governam a capitania, servos do poder central, escravos do rei. Os termos, vilas e comarcas se dividem, para atomizar as hostes dos caudilhos, na fórmula consagrada de dividir para governar e para centralizar. Sobre a colônia descem as sufocadoras garras da administração colonial, cortadas nos conselhos do reino, sem respeito pelas peculiaridades

5. Competências administrativas na Constituição de 1988

Além das competências legislativas, há as administrativas. Elas referem-se, basicamente, à **execução** de atividades, funções, encargos (no caso do Direito Ambiental, a polícia administrativa: fiscalização e licenciamento). Primeiramente, não se pode deixar de reconhecer que modelos teóricos nem sempre se aplicam sem óbices (e esse é um defeito eterno das constituições de **cuinho racional-normativo**, como a nossa, ao contrário das constituições históricas, muito mais eficazes). Assim, as competências administrativas **não excluem**, de todo, alguma **ação normativa prévia**, a ser realizada **pela própria esfera de poder competente administrativamente**. A diferença essencial entre ambas, com isso, consiste no fato de que as competências administrativas referem-se, essencialmente, a um **poder de fazer**, atuar, poder-dever, enquanto as legislativas tratam, fundamentalmente, do ato de legislar¹⁰ ou, até, de regulamentar.

O art. 23 da CF/88 estabelece, como competências **administrativas comuns** da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as seguintes matérias de cuinho ambiental:

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

[...]

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

[...]

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

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora [...].

Nas competências comuns, **outro erro crasso**, aliás como lembra **Paulo Bessa Antunes**¹¹, quando se atribui competência similar ou idêntica a vários entes, **significa**

do trópico. A ordem pública portuguesa, imobilizada nos alvarás, regimento ordenações, prestigiada pelos batalhões, atravessa o oceano, incorrupta, carapaça imposta ao corpo sem que as medidas deste a reclamem. O Estado sobrepôs-se, estranho, alheio, distante à sociedade, amputando todos membros que resistissem ao domínio. A conquista dos sertões, a descoberta das minas sugerira uma política de transação, agora revogada e anulada, não raro a ferro e fogo. Nenhuma comunicação, nenhum contato, nenhuma onda vitalizadora flui entre o governo e as populações: a ordem se traduz não obediência passiva ou no silêncio. Não admira que, duzentos anos depois, liberdades públicas só existam para divertimento de letrados, agarrados aos sonhos que o litoral traz de outros mundos. Essa organização administrativa e política, que assim se constitui, não é, então, como a da sociedade americana, ‘uma criação consciente dos indivíduos’. Não emana da própria sociedade. Dela não surge como uma transformação do seu todo no tempo e no espaço. É uma espécie de carapaça disforme, vinda de fora, importada. Vasta, complexa, pesada, não está, pela enormidade da sua massa, em correspondência com a rarefação e o tamanho da população, que subordina. Perfeitamente adequada a uma sociedade que possuísse o grau de condensação e complexidade de qualquer sociedade europeia, em fase adiantada de evolução. [...] A administração local, única parcialmente brasileira, será apenas autônoma para pequenas obras, uma ponte, uma estrada vicinal. [...] O Estado não é sentido como protetor dos interesses da população, o defensor das atividades particulares. Ele será apenas o monstro sem alma, o titular da violência, o impiedoso cobrador de impostos, o recrutador de homens para empresas com as quais ninguém se sentirá solidário – salvo os buscadores de benefícios escusos e de cargos públicos [...]. Ao sul e ao norte, os centros de autoridade são sucursais obedientes de Lisboa: o Estado, imposto à colônia antes que ela tivesse povo, permanece íntegro, reforçado pela espada ultramarina, quando a sociedade americana ousa romper a casca do ovo que a aprisiona. A colônia prepara, para os séculos seguintes, uma pesada herança, que as leis, os decretos e os alvarás não lograrão dissolver.”

¹⁰ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *União, estados e municípios na nova Constituição*: enfoque jurídico-formal. São Paulo: Fundação Faria Lima, 1989, p. 84-85.

¹¹ ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

não atribuir a nenhum¹². Surge, assim, verdadeira arapuca jurídica, exatamente o que se disse: ao se atribuir a todos os entes federativos a competência para realização de determinada tarefa, acaba-se incumbindo, na prática, a nenhum deles.

As técnicas de repartição de competências administrativas assemelham-se às legislativas. Há, primeiramente, as competências administrativas **privativas**. As da União encontram-se elencadas, exaustivamente, no art. 21 da CF/88. Já as dos Estados-membros são, claramente, residuais não enumeradas, conforme art. 25, § 1º, da CF/88. Por fim, as dos municípios constam do art. 30, III a IX, da CF/88.

Talvez tenha faltado maior reflexão sobre o tema a quem redigiu o texto de 1988; não **deveriam** ser cumpridas **conjuntamente** por todos os entes federados, sendo, diferentemente das competências legislativas concorrentes, cumulativas. A competência material é fundamental e foi tão mal resolvida. O centralismo da Constituição e a absorção pelo ente central da maioria da arrecadação tributária gerou a inação de estados e municípios. Estes, sobre não legislarem no que lhes competia, quando da atuação administrativa do artigo 23, da CF, hoje aplicam normas editadas pelo poder central, ou por vezes utilizam-se de seu poder regulamentar para esmiuçá-las, prática que, se não é inconstitucional ou ilegal, não deveria ser a regra.

A União possui papel de destaque na distribuição de competências administrativas ambientais, segundo a CF/88. Privatamente, cabe-lhe, nos termos do art. 21, IX, da CF/88, “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, incluindo-se, neste campo, os concernentes à proteção ambiental.

Não há qualquer relação de hierarquia entre os entes federativos, aqui possuindo, todos eles, o poder-dever de agir, fiscalizar e proteger o meio-ambiente por meio dos instrumentos cabíveis, como sanções administrativas e licenciamento¹³. E como a partilha de competências administrativas comuns, em grande parte das vezes, não é acompanhada da devida garantia de recursos para sua efetivação, resulta-se, com isso, na grande dependência dos Estados-membros e dos municípios em relação ao poder federal central¹⁴.

Ante o evidente desequilíbrio, a desorganização e a insegurança jurídica que a cumulatividade de tarefas a serem exercidas pelos entes federativos causa, procurou-se regulamentar por lei o tema, em observância ao parágrafo único do art. 23 da CF/88, na Lei Complementar n° 140, de 8 de dezembro de 2011 (LC 140/11), que: “Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora [...]”.

Em seu art. 3º, III, a LC 140/11 dispõe que, ao exercer suas competências comuns ambientais, devem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “**harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os**

¹² Diz a sabedoria popular que “cachorro de dois donos morre de fome”.

¹³ Cf. CARNEIRO, Ricardo. Responsabilidade administrativa ambiental: sua natureza subjetiva e os exatos contornos do princípio do *non bis in idem*. In: SILVA, Bruno Campos et al. (coord.). *Direito Ambiental: visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 585-607.

¹⁴ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98-99.

entes federativos, de forma a evitar **conflitos de atribuições** e garantir uma atuação administrativa eficiente”. Todos os problemas que a Constituição gerou estão descritos, às avessas, no dispositivo referido anteriormente. Claro que a sobreposição na atuação dos entes federativos nas matérias elencadas no art. 23, III, VI e VII da CF/88, deve ser evitada, sob pena, inclusive, de invalidação dos atos que excederem os limites legais¹⁵; a própria Constituição deveria ser alterada, no particular.

Para a divisão de funções entre tais entes, deve-se utilizar o critério da **preponderância do interesse**, verificando-se se de abrangência nacional, regional ou local. Ademais, há que se respeitar, evidentemente, as respectivas competências privativas. Neste sentido, prevê o art. 17 da LC 140/11 o denominado princípio da subsidiariedade, a ser aplicado em questões de licenciamento ambiental. Segundo ele, “**nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior**”¹⁶. Com isso, a atuação de órgãos federais deve (teoricamente) **ser complementar** à dos estaduais e municipais congêneres.

Note-se, também, que o órgão responsável pelo licenciamento ambiental deve ser, em geral, igualmente competente para a fiscalização e para a aplicação de eventuais penalidades administrativas¹⁷.

A efetivação do referido critério de partilha de competências, contudo, na linha de tudo o que se disse do texto de 1988, gera conflitos e divergências entre os diversos níveis da Federação. Afinal, há falta de clareza, em muitos casos, acerca de qual seria o ente federativo e, mesmo dentro de determinada esfera administrativa, de qual seria a agência de controle ou instituto competente.

Saliente-se, também, que a LC 140/11 elencou competências administrativas da União (art. 7°), dos Estados-membros (art. 8°) e dos municípios (art. 9°), cabendo ao Distrito Federal as dispostas nos arts. 8° e 9° (art. 10 da LC 140/11).

De qualquer modo, não é excluída, completamente, a **cooperação** dos entes federativos na execução de suas competências administrativas. Assim, caso a matéria seja de interesse local, é possível que a União ou os Estados-membros, em convênio com o município afetado, intervenham no caso. Dando-se a questão no âmbito supramunicipal, pode o Estado-membro pertinente ser auxiliado pela União ou mesmo por municípios na resolução do **imbróglio**¹⁸.

6. Poder normativo e órgãos não-legislativos

Até agora falamos sobre competência legislativa (de editar leis) e do poder-dever de agir (obrigação de atuar administrativamente). Mas há um campo que medeia ambas as competências, ainda obscuro para certa doutrina, mas imprescindível para o funcionamento regular dos órgãos estatais: o poder de regulamentar leis (poder normativo) do Executivo para poder atuar administrativamente.

¹⁵ Cf. MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 211.

¹⁶ BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 416. v. 1.

¹⁷ Cf. FINK, Daniel *et al.* *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 107.

¹⁸ Cf. Mukai, Toshio, A competência comum na Constituição de 1988 (art. 23 e parágrafo único): Distorções de interpretações, Belo Horizonte: Fórum de Direito Urbano e Ambiental, v. 11, n. 62, mar./abr. 2012, pp. 376-377.

O sistema criado pela lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81 – norma geral –, sob a Constituição de 1969, pressupõe o poder normativo de órgãos autônomos do Executivo, não materializados em lei. Não há entre nós **reserva legal absoluta** (art. 5.º, II).

Temos, no Brasil vigente, o princípio da **reserva (relativa) de lei**. Para José Afonso da Silva, clara a distinção entre o **princípio da legalidade** e o **da reserva legal**¹⁹ no sentido de que o primeiro, diz o mestre, “significa a submissão e respeito à lei ou a atuação dentro dos limites estabelecidos pelo legislador”, ao passo que o segundo “consiste em estabelecer regulamentação de determinadas matérias deve fazer-se necessariamente por lei formal”. Fora deste, pode atuar o poder regulamentar autônomo (“implied powers” – originada no célebre voto do juiz Marshall, proferido no *leading case* “*McCulloch versus Maryland*”, de 1819). Nessa mesma linha, José Celso de Mello Filho preceitua que “há duas modalidades de reserva de lei: (a) reserva absoluta, que não admite a disciplina normativa da matéria, senão mediante lei formal; (b) reserva relativa, que legitima, observados os limites e as condições fixadas previamente em lei, a intervenção normativa do Poder Executivo”²⁰.

Em verdade, a competência normativa do Executivo não se pode exaurir no papel meramente secundário de executar fielmente as leis. Rui Barbosa, em oração de 1912, no Senado da República, esforçado na lição de **Giron e de Duguit**, esclarecia que a noção, elementar a todas as Constituições, de que os regulamentos se formulam para executar unicamente as leis ficou reduzida a uma **ficção**²¹. Sugestiva a explicação de Cabral de Moncada sobre a razão pela qual pouco se trata da reserva legal²².

¹⁹ ‘Comentário Contextual à Constituição’, Malheiros, p. 485, 2005.

²⁰ Cf. MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 429.

²¹ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. São Paulo: Renovar, p. 1.077 et seq. v. 2.

²² “[...] Do conceito rousseauiano de lei decorrem consequências muito claras para a organização dos poderes estaduais. As qualidades normativas da vontade geral colocam o legislador, seu intérprete constante, numa posição especial entre os órgãos estaduais. É neste aspecto que as concepções de Rousseau se distinguem claramente das de Montesquieu, dominado este na preocupação de conter em respeito a soberania estadual, dissociando-se em órgãos distintos e independentes, representativos dos vários estratos sociais numa tentativa de limitação mútua [...]. O monismo legislativo do poder em Rousseau contrasta fortemente com o pluralismo social de Montesquieu, que visava repartir o poder político pelos vários estratos sociais. A soberania rousseauiana tem um só destinatário, o que significa antes de mais que a ideia de constituição mista tão conhecida do pensamento político europeu desapareceu com Rousseau; não há autêntica separação política entre protagonistas diferenciados. A soberania tem um só titular, a Nação, e concretiza-se através da supremacia total do legislativo, seu único representante. O elemento democrático destituiu os elementos aristocráticos e autocráticos na construção do Estado. Ao mesmo tempo, os elementos axiológicos da «vontade geral» tiveram de ser comprimidos de modo à sua consubstanciação no órgão legislativo. O legislador transformou-se no legislativo e a «vontade geral» na da maioria. Foi assim que Rousseau foi interpretado pelo radicalismo revolucionário de 1793. E claro que o legislador rousseauiano não é o poder legislativo do pensamento liberal. [...] Seja como for e para os efeitos que aqui interessam é indiscutível a prevalência absoluta do legislador sobre o executivo, o qual nunca é intérprete autêntico do soberano que é o legislador. A posição puramente executiva daquele órgão do Estado (executivo) é uma constante no pensamento de Rousseau, a ponto de ficar por vezes colocado numa posição mais próxima do súdito do que da de um verdadeiro órgão estadual titular do poder. Poderá dizer-se que para Rousseau o legislativo é o poder supremo do Estado a uma grande distância dos outros por ser ele o único intérprete da vontade geral. Daqui se retira uma subordinação total da administração à lei que influenciou de perto os revolucionários franceses, bem como a inexistência de limites constitucionais à função legislativa. O executivo não contrabalança o legislativo; submetia-se-lhe como seu executor. A distinção rousseauiana entre as duas funções do Estado baseava-se no confronto entre vontade e execução. É pelo menos neste sentido que Rousseau foi por aqueles utilizado. Nesta perspectiva, a própria noção de reserva de lei não faz qualquer sentido. Nada há a esperar dela, muito menos que funcione como critério de repartição de competências entre o legislador e o executivo; nada há a reservar-lhe pois que tudo lhe está reservado. É este o figurino dos sistemas em que impera uma concepção jacobina da lei. As concepções democráticas alicerçadas em Rousseau são centralistas e tototalitárias. Toda a vida democrática se identifica com o quadro parlamentar da produção legislativa, sem que o parlamento se deva deter perante esferas de autodeterminação encabeçadas pelos corpos sociais intermédios cujas competências próprias constituiriam um

Não há delegação de poderes quando o legislador, traçando “standards”, paradigmas, bases ou quadros, transfere ao ato regulamentar, para a concretude de seu comando, atento à flexibilidade necessária à finalidade da lei. Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la, completá-la, segundo o seu conteúdo, inclusive criando obrigações não previstas no texto originário, mas logicamente decorrentes da regulamentação²³.

Entre nós, em artigo publicado no *Jornal Carta Forense*, de abril de 2013, o jurista Carlos Ari Sundfeld bem remarca este vezo de nossos autores sobre o assunto, dizendo que “ainda há o ideário do legalismo, ainda forte entre os publicistas brasileiros. Segundo o legalismo, é a lei, e não a Administração, que teria de resolver tudo o que for importante. Regulamento e atos administrativos não devem criar nada [...] o administrador

limite ao domínio total do legislativo sobre todo o conjunto da vida social. Estamos nos antípodas da concepção liberal da democracia. A diferença principal consiste nisto: enquanto que para os liberais a tutela dos direitos subjetivos dos cidadãos se rege pela vontade particular do cidadão, garantindo o Estado as condições necessárias para o respectivo exercício, para Rousseau, a vontade particular de cada um deve subordinar-se à vontade geral de modo a lograr uma tutela conveniente dos direitos subjetivos. A diferença é abissal: enquanto que para os liberais a vontade particular é por si só juridicamente constitutiva, colocado que está o Estado numa posição subsidiária, para Rousseau, só depois de mediatizada pela vontade geral é que ela se eleva à dignidade jurídica. A vontade geral é, portanto, o meio através do qual o corpo eleitoral se transforma no órgão legislativo acabando por ser este o verdadeiro sujeito da vontade política. Da concepção rousseauiana da «vonté générale» decorre uma concepção de lei que se diferencia claramente das concepções liberais. O conceito de lei de Rousseau é o conceito democrático, que coloca a questão da legitimidade da lei mais na sua origem do que no respeito dos limites que os direitos subjetivos dos cidadãos e a autonomia dos corpos intermédios lhe assinalam. A lei aqui vincula estritamente todos os restantes órgãos do Estado reduzindo-os à posição de meros executores, ao mesmo tempo que se identifica com o direito. Para o conceito democrático de lei, fazer leis é criar direito e, por sua vez, o legislador não conhece outros limites à sua ação senão os que decorrem da vontade geral. O conceito democrático de lei exprimiui, em termos políticos, a luta contra o absolutismo na medida em que quis concentrar o poder supremo do Estado na mãos da burguesia ascendente que carecia desesperadamente do poder estadual para confirmar a sua hegemonia a todos os níveis da vida social, econômica e política. De importante há aqui a reter que a ideia de uma vinculação externa do legislador não é característica do conceito democrático de lei mas sim do conceito de lei próprio do Estado-de-Direito que haveria de ser forjado no quadro do pensamento liberal. A lei fica equiparada à constituição, distinguindo-se esta da lei ordinária apenas pelo respectivo objeto, com todas as consequências daí resultantes. No contexto da teoria democrática da lei é só a partir do conceito de lei que se chega ao princípio da legalidade da administração. A noção alemã, mais tardia, de reserva de lei, não desempenha, aqui, qualquer papel. [...] Idênticas considerações são válidas para o poder judicial. A legalidade da administração é aqui, uma consequência direta de seu estatuto de menoridade, portanto o legislativo, e consequentemente não se beneficia de nenhum espaço livre.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 115 et seq.).

²³ Novamente, o insuperável Caio Tácito (*Temas de Direito Público*. São Paulo: Renovar, p. 1077 et seq. v. 2): “É assim no direito anglo-saxônico, em que é largamente conhecido o uso do poder normativo de agências administrativas (*rule making power*), como processo de disciplina das atividades econômicas. Analisando os principais sistemas ocidentais, Enzo Cheli demonstrou, em levantamento feito em 1959, que o centro efetivo da vida do ordenamento e, em particular, a atividade de produção da norma jurídica se transfere progressivamente do Parlamento para o Governo. Após minucioso inventário do fenômeno de ampliação do poder normativo do Executivo na França, Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica e Suíça, identifica a tendência de crescimento do poder regulamentar, assim como a expansão dos processos de lei delegada ou de legislação de urgência, a importar no fortalecimento dos instrumentos normativos afetos ao Executivo (*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, p. 462-528, 1959). Expressivo o depoimento de Bernard Schwartz sobre o panorama do Direito norte-americano: “During the past half century a major task of our developing administrative law was to legitimize the vast delegations of power made to administrative agencies, particular during and after the New Deal period” (*Administrative Law: the Third Century*, p. 295). O sistema norte-americano implantou processos especiais de elaboração de normas pela Administração (*rule making procedure*), com adequada publicidade, liberando, porém, a regulamentação pelos órgãos administrativos das atividades econômicas fiscalizadas (ver: Kenneth Culp Davis – *Administrative Law Treatise*, v. 1, cap. 6, p. 360 et seq.; James Hart – *An Introduction of Administrative Law*, 2. ed. p. 309 et seq.; Bernard Schwartz – *American Administrative Law*, cap. II e III, p. 18 et seq.; Bernard Schwartz – *Le droit administratif américain*, cap. III, Le pouvoir réglementaire, p. 51 et seq.). A liberdade normativa das agências equilibra-se com o controle pelo Congresso da *regulation* administrativa, mediante o processo do veto legislativo (ver: *Congressional control of administrative Regulation: a study of legislative vetoes*, Harold H. Bruff e Ernest Gelhorn, *Harvard Law Review*, maio 1977, 90/1369/7). Na Inglaterra, a tendência incipiente da legislação social do século XIX acelerou, na emergência das guerras do século atual, o processo de delegação do poder normativo, de tal forma que, segundo a afirmativa autorizada de Wade, a legislação administrativa amplamente supera a produção do Parlamento.”

não poderia ser autorizado, mesmo pela lei, a ser algo além de um braço mecânico do legislador. Essa visão estigmatiza a função administrativa, presumindo-a incapaz de fugir à arbitrariedade, se não estiver totalmente limitada pelas escolhas prévias do legislador. [...] É uma visão estranha. Essa visão faz uma caricatura da expediência jurídica – que a Administração tem sido autorizada a criar, com base nas leis, descrevendo-a de modo simplista como desastrosa, incompatível com o estado de direito etc. Por isso sou cético, também quanto a esse **legalismo sebastianista**”.

7. Conclusões

Conclui-se ser urgente que o país alinhe sua ordem constitucional a um perfil racional e eficiente, afastando-se, pelo poder constituinte derivado, do deficiente texto de 1988, a gerar intermináveis conflitos na edição de normas, na fiscalização e no licenciamento ambiental, que teria evidente benefício aos cidadãos, ao meio ambiente, aos agentes econômicos e ao desenvolvimento nacional.

