

LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA EMISSÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS PELO MUNICÍPIO DE SALVADOR/BAHIA

LIMITS OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE ISSUANCE OF ENVIRONMENTAL LICENSES
BY THE MUNICIPALITY OF SALVADOR/BAHIA

DOI:

Thiago Pires Oliveira

Doutorando em Mudança Social e Participação Política
pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito
pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel em
Direito pela UFBA. Advogado.
EMAIL: piresol@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8910-9210>

RESUMO: Este artigo tem como objetivo a análise dos limites da discricionariedade administrativa na emissão de atos administrativos pelos Municípios no direito brasileiro. Ele utiliza o método dogmático e está delimitado à investigação da discricionariedade na emissão de licenças ambientais, optando-se ainda pelo recorte epistemológico ao Município de Salvador (Bahia). Este artigo pretende abordar as possibilidades de exercício da atividade discricionária, bem como os seus limites conforme previsão do direito brasileiro, considerando as particularidades da realidade local do Município de Salvador.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental; Discricionariedade Administrativa; Licença Ambiental; Município de Salvador.

ABSTRACT: This article intends to analyse the limits of administrative discretion in issuing administrative acts by Municipalities in Brazilian law. Thus, the present study was limited to the analysis of discretion in issuing environmental licenses, opting for an epistemological approach to the Municipality of Salvador (Bahia). This article intends to analyse the possibilities for exercising discretionary activity, as well as its limits in accordance with Brazilian law, considering the particularities at Municipality of Salvador.

KEY-WORDS: *Environmental Law; Administrative Discretion; Municipal Administrative Act; Environmental permit; Municipality of Salvador.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A proteção do meio ambiente pelo direito administrativo municipal; 3. Disciplina jurídica do licenciamento ambiental municipal; 4. O licenciamento ambiental no Município de Salvador; 5. Limites da discricionariedade administrativa na licença ambiental; 6. Conclusões. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

“Sonha o rei que é rei, e segue com esse engano mandando, resolvendo e governando.

E os aplausos que recebe, vazios, no vento escreve; e em cinzas a sua sorte a morte talha de um corte.

E há quem queira reinar vendo que há de despertar no negro sonho da morte?”¹

O paradigma civilizatório que a humanidade estabeleceu na pós-modernidade é um referencial marcado por conflitos de diversos matizes: o econômico versus o ecológico, o privado versus o público, o natural versus o artificial... Compatibilizar essas tensões para efetivar o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é o desafio que a sociedade enfrenta neste início de século.

Uma das tensões decorrentes dessa crise de paradigmas envolve, justamente, o conflito entre os interesses econômicos e os limites ecológicos. Tal análise é deveras necessária, visto que o desprezo dessa tensão pode resultar em consequências desastrosas para os dois valores, afinal, a “economia” e os “recursos naturais” são conceitos que estão interligados.

Nesse sentido, o legislador constituinte originário havia concebido o meio ambiente como um dos princípios constitucionais da ordem econômica, conforme prescrição constante no artigo 170, inciso VI, dispositivo este que elevou a nível constitucional, norma da legislação ordinária prevista no artigo 4º, inciso I, da Lei federal nº. 6.938/81 que estabelece como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) a compatibilização “do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

No art. 9º desta mesma Lei estão tipificados os instrumentos da PNMA, dentre os quais se verifica o licenciamento ambiental, procedimento administrativo previsto no artigo 9º, inciso IV, da Lei federal nº. 6.938/1981, conceituado originalmente pelo art. 1º, inc. I, da Resolução CONAMA nº 273/1997 e atualmente pelo art. 2º, inc. I, da Lei

¹DE LA BARCA, Calderón. *A vida é um sonho*. Trad.: Renata Pallottini. São Paulo: Hedra, 2008. p. 72.

Complementar federal nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que se traduz em um importante mecanismo que o Poder Público tem a disposição para o exercício do poder de polícia administrativa das intervenções no meio ambiente.

O licenciamento ambiental funciona como um instrumento de regulação ambiental, pois ele permite um controle ambiental preventivo² e concomitante dos empreendimentos e atividades que causam interferências no meio ambiente, os quais normalmente possuem repercussão econômica.

Em virtude disso, o licenciamento ambiental deve ser estudado com cuidado para que sejam verificadas as possibilidades e limites do exercício da discricionariedade administrativa na emissão de licença ambiental, o ato administrativo que resulta do processo administrativo de licenciamento.

Além desta introdução, este trabalho se desdobra em quatro tópicos e uma conclusão, sendo que nos dois primeiros tópicos serão efetuadas exposições abrangentes sobre a proteção do meio ambiente pelo direito administrativo municipal e a disciplina jurídica do licenciamento ambiental municipal, com as análises da legislação e da doutrina e o elenco de alguns julgados sobre a competência municipal para o licenciamento ambiental.

Em seguida, será feita uma abordagem normativa do licenciamento ambiental no Município de Salvador, expondo as normas existentes que norteiam a execução desse procedimento pela municipalidade, bem como a estrutura administrativa municipal. Por fim, considerando a estrutura do ordenamento jurídico local, serão analisados os limites da discricionariedade administrativa na licença ambiental emitida pelo Município de Salvador.

² Aqui reside uma das diferenças mais importantes do licenciamento ambiental em relação à fiscalização ambiental, pois ambos são meios de exercício do poder de polícia administrativa. Sucede que a fiscalização ambiental é o exercício do controle ambiental repressivo, diferenciando-se ainda do licenciamento por possuir um caráter sancionatório, mesmo nas hipóteses em se aplica a advertência administrativa.

2 A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE PELO DIREITO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL

Segundo lição do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, o conceito de meio ambiente pode ser amplo ou restrito. O primeiro integrado pelos componentes ambientais naturais e pelos componentes ambientais humanos (o ambiente construído), enquanto o segundo somente seria formado pelos componentes ambientais naturais³.

A jurista francesa Jacqueline Morand-Deville apresenta o meio ambiente, como um conceito “camaleão”, ao afirmar que o “ambiente, noção camaleão, se situa entre uma acepção extremamente restrita: a proteção da natureza, e uma concepção extremamente global que atrai para si um conjunto de problemas relacionados à qualidade de vida”⁴.

De acordo com José Afonso da Silva: “O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”⁵.

Ainda, segundo José Afonso da Silva, o conceito de meio ambiente mostra a existência de três aspectos do meio ambiente, a saber:

I- meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto);

II- meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou;

III- meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que a ocupam⁶.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p. 20.

⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Le Droit de L'Environnement*. 7ª ed. Paris: PUF, 2006. p. 7. (Tradução nossa).

⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.* p. 21.

Das conceituações expostas acima, observamos que o meio ambiente urbano traduz a realidade ambiental da maioria dos municípios que abrigam as mais importantes capitais do país, de forma que a legislação ambiental aplicável à realidade de alguns municípios deverá estar sensível às demandas urbanas que são bastante particulares quando comparadas com as demandas dos ecossistemas naturais. Por este motivo, a legislação ambiental deverá levar em conta as particularidades do espaço territorial do município onde ela é aplicada.

Seria essa tricotomia conceitual uma mera construção doutrinária desvinculada da realidade político-legislativa? Uma primeira leitura do dispositivo legal da Lei federal nº. 6.938/1981, que dispõe sobre a PNMA, permite vislumbrar a definição de meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Quando o legislador prevê que o conjunto formado por “condições, leis, influências e interações” são de “ordem física, química e biológica”, observa-se que por meio da análise do significado “de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral”⁷, ou seja, de uma interpretação literal, que esse conceito seria voltado ao aspecto natural do meio ambiente.

Adverte Karl Larenz que o sentido literal a ser extraído de um texto normativo serve à interpretação “como uma primeira orientação” estabelecendo a delimitação do “campo em que se leva a cabo a ulterior atividade do intérprete”, quer dizer, os limites dessa atividade interpretativa⁸.

E ainda as palavras são marcadas por uma ambiguidade ou vagueza que torna a interpretação do sentido literal sujeita a diferentes possibilidades, afinal, a ambiguidade deriva do fato de que as mesmas palavras quando aplicadas em diversos contextos podem designar distintos objetos, fatos ou propriedades, ou seja, a mesma palavra em

⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4ª ed. Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 450-451.

⁸ LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 457.

contextos diversos conotar  sentidos distintos. Logo, diferentemente da denota o (as palavras em “estado de dicionário”), a conota o será uma constante no texto jur dico⁹.

Nesse contexto, buscando transcender   “primeira orienta o” possibilitada pelo método literal-gramatical, importa fazer uma investiga o da “inten o reguladora” do legislador histórico para compreender o contexto no qual foi concebido o citado dispositivo legal.

Antes de 1981, quando foi promulgada a Lei da PNMA, internacionalmente, o Brasil se mostrara refratário a ado o de uma política de prote o ao meio ambiente que significasse uma redu o de seu crescimento econ mico. Este foi posicionamento da representa o diplomática brasileira durante a 1  Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente (1972) ocorrida em Estocolmo (Suécia) quando o Brasil, apoiado no princípio da soberania nacional absoluta, sustentou algumas teses como a da relatividade da polui o, em compara o com o desenvolvimento, a de que os países em desenvolvimento ou terceiro-mundistas não eram, de modo algum, poluidores, e também a de que os gastos com o meio ambiente seriam “ilegítimos quando representam desvio de fundos que seriam destinados ao crescimento econ mico”¹⁰.

Esta postura foi se amenizando com o transcorrer dos anos até que no início da década de 1980 viesse a ser promulgada a Lei da PNMA. Todavia, importa frisar que antes dessa lei, outros aspectos do meio ambiente já eram protegidos de forma fragmentada por normas administrativas específicas, a exemplo do meio urbano que já era regulado por dispositivos legais dos Municípios, tais como os Códigos de Obras e as Leis de Zoneamento e de Uso e Ocupa o do Solo¹¹, enquanto o meio cultural era regulado pelo Decreto-Lei n  25/37, oriundo da Era Vargas.

Ademais, até o início da década de 1980 não se tinha ainda consolidado um direito ambiental como ramo aut nomo do direito¹², de maneira que a visão integrada

⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpreta o/aplica o do direito*. 2  ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 210-211.

¹⁰ DUARTE, L lia C.B. *Política externa e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 18-19.

¹¹ Somente em 1979, foi promulgada a Lei federal n . 6.766 estabelecendo normas gerais sobre o parcelamento do uso do solo urbano.

¹² Um dos raros manuais publicados na década de 1970 sobre o tema foi: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdu o ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro, Editora

de meio ambiente somente se consolidou na doutrina estrangeira, justamente, a partir da década de 1980, conforme se observa nos manuais dos juristas italianos Tommaso Alibrandi e Piergiorgio Ferri (1ª edição publicada em 1985)¹³ e da jurista francesa Jacqueline Morand-Deville (1ª edição publicada em 1987)¹⁴.

A visão limitada daqueles tempos permite inferir que o legislador da época pretendia contemplar o aspecto natural do ambiente, ou seja, o meio ambiente natural, pois os fatores de “ordem física, química e biológica” são do domínio das ciências naturais e não das ciências culturais evidenciando o enfoque da incidência normativa. Todavia, a sociedade evoluiu e o fenômeno jurídico acompanhou essas mudanças.

Deste então, a visão sistêmica de meio ambiente contribuiu para uma nova compreensão deste bem jurídico que passou a englobar elementos extranaturais. Um exemplo desta nova realidade foi perceptível na obra de Paulo Affonso Leme Machado¹⁵, o qual até os dias hodiernos afirma que a definição prevista pelo direito positivo brasileiro “é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege”¹⁶, posição que possibilita abarcar os três aspectos do meio ambiente retrocitados por José Afonso da Silva.

A proteção ao meio ambiente é um assunto de estrito interesse da administração pública, sendo contemplada, inclusive, no conceito de função administrativa¹⁷, visto que o artigo 2º, inciso I, da Lei federal nº. 6.938/1981 dispõe que um dos princípios da PNMA

Forense, 1975, cuja segunda edição é de 1977. Nesta obra, o direito ambiental ainda era confundido com o “direito ecológico”, pois seu objeto seria a ecologia.

¹³ ALIBRANDI, Tommaso e FERRI, Piergiorgio. *I Beni Culturali e Ambientali*. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 1995. p. 46. Os juristas Alibrandi e Ferri classificam o meio ambiente em: bem cultural, bem ambiental de tipo paisagístico (que agruparia os valores naturais, ecológicos e paisagísticos stricto sensu) e bem ambiental de tipo urbanístico.

¹⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Le Droit de L'Environnement*. 7ª ed. Paris: PUF, 2006. p. 7.

¹⁵ A primeira edição de seu manual “*Direito ambiental brasileiro*” remonta ao ano de 1982. Este jurista foi extremamente ativo na época em que o Governo Federal havia encaminhado ao Congresso Nacional o projeto de lei que deu origem à Lei 6.938/81, ao atuar por meio da ong SOBRADIMA (Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente) quando esta entidade solicitou a diversos deputados federais e senadores a propositura de várias emendas ao referido projeto.

¹⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 59.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29. Para a compreensão do exposto, utiliza-se o seguinte conceito de função administrativa: “(...) conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção dos direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”.

seria a “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”.

A ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico representa uma implementação do comando constitucional previsto no artigo 23, inciso VI, que estabelece a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Este agir da administração se expressaria: a) na formulação de normas, padrões e planos conforme preconiza o art. 5º, *caput*, da Lei da PNMA; b) na estruturação de uma organização administrativa voltada para a proteção do meio ambiente; c) na gestão de bens ambientais de natureza pública; d) no exercício do poder de polícia ambiental; e e) na expedição de atos administrativos de repercussão ambiental.

Por se tratar de competência comum constante na Constituição, os quatro entes federativos poderiam exercer o feixe de tarefas elencado supra, inclusive os municípios, sendo que tais atividades seriam disciplinadas pelo direito administrativo municipal definido por José Cretella Júnior como “o conjunto de regras jurídicas que regem a relação de Administração, na órbita municipal”¹⁸.

Para o adequado entendimento do papel das administrações municipais na tutela ambiental, importa que seja feita uma análise das competências legislativas e administrativas traçadas pela Constituição Federal para os municípios.

A competência dos entes federativos para a edição de normas jurídicas sobre um determinado ramo do direito será definida com base na previsão constante em texto da Constituição política do país. Nesse sentido, observam-se os artigos 22 e 24 da Constituição Federal que ao estabelecer competências constitucionais, privativa e

¹⁸ CRETILLA JUNIOR, José. *Direito administrativo municipal*. RJ: Forense, 1981. p. 12. Na realidade, quando se trata da questão ambiental no âmbito da administração pública é impossível se estabelecer uma linha divisória entre o direito ambiental e o direito administrativo. Assim, nada impediria que se entendessem as normas que regem a proteção do meio ambiente pela administração pública no âmbito municipal como um “direito ambiental municipal”.

concorrente, reparte as competências legislativas sobre distintos ramos do direito como seria o caso do direito penal, civil, do trabalho, tributário, urbanístico, entre outros.

Todavia, os citados artigos não mencionam o ente municipal expressamente como ente portador da competência legislativa. Acaso isto significaria a ausência da referida competência? Se considerarmos o Município como um ente federativo, a resposta seria negativa.

Os artigos 1º e 18 da Constituição Federal consagram expressamente a autonomia municipal inserida no princípio do pacto federativo no qual se funda a República Federativa do Brasil. Logo, os municípios são entes federativos detentores dos poderes de auto-organização, autogoverno e autoadministração.

Os municípios podem se estruturar da forma como entenderem ser a mais conveniente, desde que não ofenda os princípios constitucionais federais, também, podem ter um governo próprio eleito diretamente por uma população residente no local e, ainda, podem ter a autonomia administrativa, financeira e gerencial para conduzir os interesses da população local.

Nesse viés, a Constituição assegura em seu art. 30, incisos I e II, as seguintes competências legislativas: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”.

Ademais, há a referência explícita da Constituição no tocante à competências administrativas que os municípios exerceriam em comum com a União, os Estados e o Distrito Federal. Estamos falando do rol de competências constitucionais mencionadas no art. 23, dentre as quais se destacam: “VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” e “VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;”.

Em face do princípio da legalidade que deve orientar os atos administrativos, conforme inferimos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, não é recomendado, quando não, inaceitável, o exercício de certas competências sem uma lei ou outro ato normativo qualquer que respalde a atuação da Administração Pública, inclusive, a municipal.

Desse modo, pode haver sim a edição de normas jurídicas, inclusive, lei em sentido formal, regulando o direito ambiental nos municípios, visto que a proteção

jurídica do meio ambiente poderia ser suplementada pelos Municípios (competência complementar – art. 30, inc. II), isto sem citar as hipóteses em que constitui um “assunto de interesse local” ou, ainda, quando visa a promoção do “adequado ordenamento territorial”.

Coadunando com este entendimento acerca da competência municipal para legislar em matéria ambiental, afirma Paulo de Bessa Antunes que “seria incorreto e insensato dizer-se que os Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental”, pois o meio ambiente estaria “incluído no conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental”. Assim, a importância dos Municípios seria evidente por si mesma, em virtude de suas autoridades locais e populações reunirem amplas condições de melhor identificar e conhecer os problemas ambientais de cada localidade¹⁹.

Édis Milaré discorre que o art. 30 da C.F./88, por não explicitar a competência legislativa do Município, tem levado muitas pessoas à conclusão precipitada de que os entes locais não teriam competência normativa para disciplinar o meio ambiente, e prossegue o autor que:

Levado ao pé da letra tal entendimento, chegar-se-ia ao absurdo de sustentar também que ele não tem competência para legislar sobre urbanismo, por ser matéria de competência concorrente incluída no art. 24. É evidente o disparate! Se a Constituição conferiu-lhe poder para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” – competência administrativa -, é óbvio que, para cumprir tal missão, há que poder legislar sobre a matéria²⁰.

Diante dos entendimentos acima, observa-se a tendência majoritária da doutrina em conferir a competência municipal para legislar sobre o meio ambiente, bem como a atuar administrativamente na execução de políticas públicas ambientais. Nesse sentido, observamos que o direito brasileiro reconhece tal relevância do município ao atribuí-lo

¹⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 87.

²⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 182.

o papel de ser órgão local do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA)²¹ conforme dispõe o art. 6º, inc. VI e § 2º, da Lei federal nº 6.938/1981.

Sobre o adequado entendimento acerca da relação do SISNAMA com os órgãos locais desse Sistema, Paulo de Bessa Antunes sustenta que este Sistema Nacional foi criado por lei em uma época em que inexistia previsão constitucional, de modo que ele somente poderia ser entendido como “uma estrutura de colaboração entre os diferentes entes federativos” (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)²².

Considerando a autonomia constitucional de Estados e Municípios, o SISNAMA não poderia ser estruturado de forma hierárquica, na qual os municípios seriam a parte inferior, compondo a base, com os Estados “ocupando uma função intermediária e a União o topo da escala”. Sucede que estes entes federativos “desempenham funções ambientais cuja atribuição é decorrência direta da Constituição, ficando adstritos aos poderes previstos na própria Lei Fundamental”.²³

O ordenamento constitucional do licenciamento ambiental exposto acima veio a ser densificado no âmbito infraconstitucional com a promulgação pelo Congresso Nacional, com a respectiva sanção presidencial, da lei regulamentadora da matéria: a já mencionada Lei Complementar federal nº 140/2011 ou Lei das Competências Ambientais.

Constatada a referida competência municipal, cumpre observar se os municípios teriam competência para efetuarem atos administrativos relativos ao procedimento de licenciamento ambiental.

²¹ O Sistema Nacional do Meio Ambiente compreende a seguinte estrutura organização: órgão superior (Conselho de Governo); órgão consultivo, normativo e deliberativo (CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente); órgão central (Ministério do Meio Ambiente); órgãos executores (IBAMA - Instituto Brasileiro de Administração do Meio Ambiente e Recursos Naturais e ICMBIO - Instituto Chico Mendes de Proteção da Biodiversidade); órgãos seccionais (entes estaduais, na Bahia seriam a SEMA - Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, o INEMA - Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos e o CEPRAM - Conselho Estadual de Meio Ambiente); e órgãos locais (entes municipais, em Salvador seriam a SEDHAM, a SMA e o COMAM).

²² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Política Nacional do Meio Ambiente: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.* p. 4.

3 DISCIPLINA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO:

O licenciamento ambiental é um instituto de direito do ambiente que se encontra conceituado pela art. 2º, inc. I, da Lei Complementar federal nº 140/2011, como: “(...) o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

Este instituto jurídico é considerado pela Lei da PNMA um importante instrumento de aplicação dessa política pública, conforme estabelece o seu artigo 9º, inciso IV.

Dessa maneira, o licenciamento ambiental constitui um instrumental da maior pertinência para a própria efetivação do direito ambiental, sendo entendido também como um meio de “tutela administrativa preventiva de preservação do meio ambiente”²⁴.

Considerando a competência constitucionalmente prevista no art. 23, inc. VI, os municípios possuem atribuição para efetuar qualquer ato administrativo²⁵ visando a tutela preventiva do meio ambiente. Dessa maneira, o licenciamento ambiental pode ser realizado pelos municípios, atendidos os limites de atuação deste ente federativo e esse limite encontra-se nos empreendimentos de impacto local.

Tal diretriz não se restringe ao enunciado constitucional. A legislação infraconstitucional de meio ambiente também prevê o licenciamento ambiental municipal, com destaque para o art. 9º da Lei das Competências Ambientais.

Outra regra jurídica relevante contida no suprarreferido dispositivo da Lei Complementar 140/2011 é a do inciso XIV, alínea “a”, que estabelece que caberá aos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente (COEMAs) a definição da tipologia de empreendimento e atividades compreendidos como causadores potenciais ou efetivos

²⁴ FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 3.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 185. Neste trabalho será adotado o conceito de ato administrativo de Justen Filho, o qual, após criticar o conceito formulado por Hely Lopes Meirelles, o define como: “(...) manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”.

de impacto ambiental de âmbito local, tendo em vista os critérios de porte, de potencial poluidor e da natureza da atividade.

Entendendo essa regra legal como contrária à Constituição Federal, afirma o jurista Talden Farias que:

Em que pese a lei em comento ter posto fim à polêmica sobre a possibilidade do licenciamento local, é evidente que a submissão dessas atribuições à tipologia dos COEMAs afronta a Constituição Federal, tendo em vista o desrespeito à autonomia dos Municípios. Verificou-se também a afronta ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade e da reserva legal, afora a falta de legitimidade política deles. Em vista disso, o Município é competente para realizar o licenciamento ambiental de interesse predominantemente local. Por uma questão de simetria com a União e com o Estado e os Municípios no caso de UCs, o interesse local deve em regra ser vinculado às situações em que a atividade poluidora estiver localizada ou desenvolvida unicamente no território da municipalidade.²⁶

O posicionamento teórico exposto por Talden Farias está evidentemente coerente com as normas constitucionais que estruturam o regime federativo estabelecido pela CF/1988, no qual inexistente uma hierarquia entre os entes federativos. Uma norma infraconstitucional que confira atribuição normativa para um Estado disciplinar aspectos que afetam a esfera do interesse local que constitucionalmente é da alçada municipal configura uma usurpação de poder problemática à luz da teoria constitucional.

Trata-se de uma crítica acertada que deve ser levada em consideração principalmente por cientistas políticos, gestores de políticas públicas, operadores do direito interessados no tema e pelos constitucionalistas, em particular, para que qualquer discussão sobre o pacto federativo abarque a delimitação da real esfera de exercício da autonomia municipal na gestão e planejamento ambiental.

Por outro lado, a afirmação efetuada por Farias de que os conselhos estaduais de meio ambiente careceriam de legitimidade política ingressa no terreno da ambiguidade que caracteriza as proposições construídas pela linguagem jurídica. No caso em questão, saber se os COEMAs possuem ou não essa legitimidade depende do conceito de democracia que se está empregando para fins de corroboração ou não com

²⁶ FARIAS, Talden. *Competência Administrativa Ambiental: Fiscalização, Sanções e Licenciamento na Lei Complementar 140/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 178.

a mesma, pois ela se afigura inequivocadamente correta quando se tem em conta o conceito de democracia representativa para a definição da legitimidade política.

Todavia, quando se insere uma discussão no âmbito da sociologia política do direito envolvendo outros conceitos que constituem elementos de legitimação política, a exemplo da democracia participativa e da democracia deliberativa, como o observado por outras abordagens²⁷, têm-se uma ampliação de perspectivas de atuação de modo a incluir novos atores institucionais nos processos decisórios, o que supostamente poderia abrir espaço para uma atuação dos COEMAs. Porém, essa abertura ainda ficaria prejudicada pelo primeiro obstáculo associado ao pacto federativo brasileiro.

O âmbito da competência dos Municípios para expedição do ato administrativo denominado “licença ambiental” consiste no fato de que os entes locais poderão emitir atos administrativos consentindo com o exercício de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local, ou seja, que não extravasem os limites territoriais da municipalidade e que não sejam atribuídos aos demais entes concorrentes: União e Estados.

Visando criar uma estrutura organizatória que permita racionalizar a proteção ambiental no Brasil, a legislação federal prevê o princípio da unicidade no licenciamento ambiental, ou seja, somente um ente federativo bastaria para licenciar um empreendimento ou atividade, refutando o princípio da triplicidade que consistiria em todos os entes federativos estar competentes para o exercício do licenciamento ambiental de uma mesma atividade ou empreendimento, ou seja, o licenciamento ambiental tríplice.

O Estado da Bahia, mediante o art. 159 da Lei estadual nº 10.431/2006, confirma tal entendimento consagrado nacionalmente ao reproduzir as normas gerais de caráter nacional que atribuem aos entes municipais a execução de empreendimentos e a fiscalização de atividades de sua competência originária, ou seja, de impacto local.

²⁷ PIRES-OLIVEIRA, Thiago. *Conselho Nacional do Meio Ambiente e Democracia Participativa*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 212.

O jurista alemão Andreas Joachim Krell, estudando o SISNAMA, reafirma doutrinariamente a competência dos municípios para a expedição de tais atos administrativos, conforme a seguinte preleção:

Saliente-se, ainda, que toda a construção normativa do SISNAMA tem como principal defeito fundar-se na idéia errônea de que uma lei federal possa criar, de cima para baixo, um sistema completo que defina de maneira nítida e exata os campos de ação dois diferentes níveis de governo. No Brasil, uma tal tentativa nunca teve e continua a não ter respaldo legal. Várias prefeituras, contudo, já estão elaborando um procedimento próprio de licenciamento, já que boa parte das novas Leis Orgânicas considera a concessão de licenças ambientais um instrumento básico da política municipal e não há dúvida de que o poder de polícia local faculta aos municípios realizar esse tipo de controle²⁸.

Diante disso, compete ao Poder Público municipal decidir, mediante processo administrativo próprio, sobre a emissão de licença ambiental para empreendimentos, obras e atividades de âmbito local, ou seja, que não ultrapassem os limites do território do município.

A licença ambiental seria o ato administrativo resultante do processo de licenciamento ambiental. Ela é definida pelo artigo 1º, inciso II, da Resolução nº. 237/97 do CONAMA como o ato administrativo, emitido por órgão competente, que “estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor” visando a localização, instalação, ampliação e operação de “empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”.

Deve ser recordado que a licença ambiental não seria “uma simples licença de Direito Administrativo”, pois se assim o fosse, uma vez concedidas, as licenças ambientais passariam à condição de direito adquirido para aquele que as recebeu²⁹.

E isto poderia ser uma brecha para a formação de um absurdo “direito adquirido de poluir”, tese que permitiria, por exemplo, uma indústria já instalada à margem de rio e que o contaminasse há décadas pudesse invocar o “direito” de continuar a exercer

²⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 112.

²⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139.

suas atividades sem precisar se submeter a qualquer controle ambiental por parte do Poder Público, inclusive continuando a destruir a qualidade ambiental daquele curso d'água, com o lançamento de poluentes, e alegando deter o ato licenciatório emitido pelo ente estatal.

Ademais, quando se observa que, desde maio de 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou seu entendimento, sumulando sua jurisprudência sobre a matéria, em que rejeita peremptoriamente a existência de um direito de poluir, ao negar a aplicação da controversa teoria do fato consumado, corrobora-se o caráter problemático de se compreender a licença ambiental como uma simples licença administrativa. Neste sentido, vide a Súmula nº 613 do STJ que define que: *“Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental.”*.

Em virtude dessa complexidade da licença ambiental, a mesma não pode ser equiparada de forma leviana a outros tipos de licenças administrativas, como é o caso das licenças urbanísticas (alvará de construção etc...), pois ambas apresentam repercussões e efeitos distintos.

A definição normativa prevista no referido ato normativo infralegal não permite aferir a natureza jurídica da licença ambiental, se ato vinculado ou discricionário, havendo uma forte divergência doutrinária quando a essa natureza, o que irá ser explicitado no tópico que antecede às conclusões.

4 OS DESAFIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE SALVADOR

O licenciamento ambiental no âmbito do Município de Salvador é um procedimento administrativo regulamento por diversos diplomas legais esparsos que compõem um plexo de normas ambientais municipais que dão coerência e sustentação ao sistema municipal de meio ambiente aplicado à realidade soteropolitana.

Ocorre que essa descrição formal tendo o parâmetro de uma dogmática jurídica formalista representa uma expectativa ideal que pode não traduzir uma realidade empírica. Por este motivo, o exercício de uma dogmática jurídica de viés crítico proporciona a identificação dos elementos que impedem a efetividade normativa de um

sistema ambiental e o não atendimento dos objetivos e diretrizes delineados pelo legislador.

No caso do direito ambiental municipal a necessidade de incorporação de abordagens metodológicas de natureza crítica para analisar a dogmática jurídica se faz um imperativo, especialmente quando se vislumbra o fato notório de que existem diversos desafios envolvendo a segurança jurídica no arcabouço legislativo ambiental produzido pelos mais de 5.500 entes municipais situados no Brasil, problemas que repercutem sobre a ação dos particulares, os quais nutrem expectativas e demandam uma previsibilidade na atuação governamental dos poderes locais.

Os fatores técnicos que contribuem para esse instável panorama jurídico que caracteriza a realidade dos órgãos locais do SISNAMA são principalmente de duas ordens: a) ausência de uma codificação das normas ambientais; b) descontinuidade administrativa na gestão ambiental causada pelas constantes rupturas governamentais combinada com a falta de um planejamento ambiental de médio e longo prazo.

Saindo dessa digressão sobre os problemas jurídicos que caracterizam a regulação das políticas ambientais municipais no país e voltando à realidade soteropolitana, a implantação de um sistema municipal de gestão do meio ambiente vinha sendo estudado desde o final da década de 1980 e o início da década de 1990, especialmente com as ações feitas durante o governo da prefeita Lídice da Mata (1993-1996), tendo tais iniciativas progressistas da sua gestão submetidas a um período de estagnação durante a gestão do prefeito carlista Antônio Imbassahy (1997-2004).

Deste modo, esse sistema ambiental veio a ser criado formalmente pela primeira vez apenas nas gestões posteriores, quando houve a promulgação da Lei municipal nº 7.400/2008 que dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano³⁰; este diploma legal disciplinava não somente o planejamento urbano em Salvador, como possuía normas ambientais a exemplo das que abordavam o Sistema Municipal de Meio Ambiente (SISMUMA).

³⁰ O SISMUMA é a expressão local do SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente. Outro sistema municipal ligado ao meio ambiente é o SAVAM - Sistema Municipal de Áreas de Valor Ambiental e Cultural – cujo correspondente em nível nacional é o SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

No tocante ao SISMUMA, criado pelo art. 36 da Lei 7.400/2008, a sua estrutura administrativa contemplava os seguintes órgãos:

a) SEDHAM - Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, Habitação e Meio Ambiente: ente da Administração Direta³¹ que é órgão de coordenação e planejamento do SISMUMA e da política ambiental do Município do Salvador. Sua competência se encontra definida no art. 1º do Decreto Municipal nº. 19.397/2009. Esta Secretaria constitui a Presidência do Conselho Municipal do Meio Ambiente (COMAM) conforme o art. 5º da Lei Municipal nº. 6.916/2005.

b) SMA - Superintendência do Meio Ambiente: ente da Administração Indireta, dotada da natureza de autarquia, que era o órgão de execução do SISMUMA e da política ambiental do Município do Salvador. Sua competência se encontrava definida no art. 2º do Decreto Municipal nº. 20.950/2010 e era exercida por meio de “portarias”. Constituiu a Secretaria Executiva do Conselho Municipal do Meio Ambiente por força do art. 6º da Lei Municipal nº. 6.916/2005.

c) COMAM - Conselho Municipal do Meio Ambiente: órgão colegiado consultivo e deliberativo do SISMUMA e da política ambiental do Município do Salvador, criado pela Lei municipal nº. 3.811/87, implantado durante a gestão da prefeita Lídice da Mata, desativado durante a gestão do prefeito Antônio Imbassahy, reativado em 2005, por meio da Lei nº 6.916/2005, durante o primeiro mandato do prefeito João H. Carneiro, e que detinha poder consultivo-normativo e era dotado de atribuição licenciatória, exercidos por meio de “resoluções”³².

Quanto às atribuições administrativas do COMAM, elas estavam previstas no art. 235 da Lei Orgânica do Município do Salvador (LOMS) e no art. 2º da Lei Municipal nº. 6.916/2005, sendo responsável pela emissão de licenças ambientais de

³¹ Estavam vinculados a essa Secretaria três entes da administração municipal indireta - duas autarquias e uma fundação pública de direito privado: a SMA (Superintendência do Meio Ambiente); a SUCOM (Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município); e a FMLF (Fundação Mário Leal Ferreira). Destas três, somente a SMA integrava o SISMUMA, a despeito de a SUCOM possuir atribuições administrativas voltadas para o combate da poluição sonora, distinção que seria controversa do ponto de vista ideal e que se explica por fatores políticos conjunturais que o presente estudo não comporta por questões metodológicas.

³² PIRES-OLIVEIRA, Thiago. Esboços de uma história das políticas de participação social no Município de Salvador/Bahia: o caso do COMAM (1986-2012). *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Salvador, v. 5, n. 2, 2021, p. 186 e ss.

empreendimentos com significativo impacto ambiental ou que causem repercussão no equilíbrio ambiental conforme preconiza o citado art. 235 da LOMS, e estabelecia o art. 2º, inciso IV, da Lei Municipal nº. 6.916/2005 e o art. 280, parágrafo único, inciso IV, da Lei Municipal nº. 7.400/2008.

No aspecto procedimental, o licenciamento ambiental no Município do Salvador era efetuado seguindo dois ritos procedimentais: um por meio da SMA, para as licenças menos complexas, e outro por meio do COMAM, para as licenças mais complexas e com significativo impacto ambiental.

Elencada a estrutura administrativa que compunha o SISMUMA, um breve panorama da legislação ambiental municipal que era aplicável ao licenciamento ambiental entre os anos de 2005 e 2015, durante as gestões dos prefeitos João Henrique Carneiro (2005/2012) e Antônio Carlos Magalhães Neto (1º mandato - 2013/2016). Assim, destacavam-se a LOMS, a Lei Municipal nº. 6.916/2005, a Lei Municipal nº. 7.186/2006, a Lei Municipal nº. 7.400/2008, entre outros atos normativos.

Esse cenário adquiriu uma nova “paisagem normativa” com o advento da Lei municipal nº 8.915, de 26 de setembro de 2015, que estabeleceu a vigente Política Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Salvador, da Lei municipal nº 9.069/2016 que dispõe sobre o plano diretor de desenvolvimento urbano de Salvador, e da Lei municipal nº 9.186/2016 que trata da estrutura organizacional da Prefeitura Municipal de Salvador³³.

Portanto, após a controvérsia judicial finalizada em 2014 envolvendo a inconstitucionalidade da LOUOS³⁴, as novas leis ambiental, do plano diretor urbano e de organização administrativa que haviam sido promulgadas durante os anos de 2015 e 2016, o SISMUMA passou a estabelecer a seguinte estrutura administrativa:

³³ Ambas as leis municipais permanecem vigentes até a data em que este artigo foi finalizado.

³⁴ Em 2012, o Ministério Público do Estado da Bahia (MP-BA) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade contra a referida Lei de Ordenamento do Uso do Solo Urbano (LOUOS - Lei municipal nº 8.167/2012) que havia sido promulgada no último ano da administração do então prefeito João Henrique Carneiro. Em 12 de fevereiro de 2014, essa ação foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) que a considerou parcialmente inconstitucional por ferir o princípio da participação popular como se observa no acórdão proferido na ADI nº 0303489-40.2012.8.05.0000, e relatado pelo desembargador José Edivaldo Rotondano. Essa lei acabaria sendo revogada pela Lei municipal nº 9.148 /2016, que é a vigente LOUOS de Salvador.

a) SEDUR - Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Urbanismo: ente da Administração Direta que, além de exercer as atribuições urbanísticas no município, é o órgão de executor da fiscalização e do licenciamento ambiental no âmbito do SISMUMA, em interpretação conjugada do art. 10 da Lei municipal nº 8.915/2015 com o art. 11 da Lei municipal nº 9.186/2016.

b) SECIS - Secretaria Municipal da Cidade Sustentável e Inovação: ente da Administração Direta³⁵ que exerce *de jure* a função de órgão central do SISMUMA, sendo competente para o exercício das atribuições sobre a gestão do meio ambiente no município, com a exceção das atribuições de fiscalização e licenciamento ambiental, ou seja, a execução da legislação ambiental municipal.

c) COMAM - Conselho Municipal do Meio Ambiente: órgão superior *de jure* do SISMUMA; é o órgão colegiado consultivo, deliberativo, normativo e recursal da política ambiental do Município do Salvador, totalmente esvaziado pela Lei nº 8.915/2015, especialmente após a exclusão de sua atribuição licenciatória, mesmo que essa mudança fosse contrária ao art. 235 da LOMS.

Em que pese a Lei nº 8.915/2015 ter representado um avanço legislativo de reunir em um diploma específico as normas que regiam a gestão e planejamento ambiental municipal, a exemplo da manutenção do SISMUMA que já havia sido criado desde 2008, ela promoveu uma série de retrocessos.

A mais grave das violações ao princípio da proibição do retrocesso ambiental causado pela referida lei foi a que atingiu o princípio da participação popular, quando essa lei passou a estabelecer que a escolha das pessoas e entidades que exerceriam a função de conselheiros do COMAM seria realizada diretamente pelo Prefeito Municipal. Sucede que, no regime jurídico anterior a 2015, essa escolha era feita pelas próprias entidades da sociedade civil organizada soteropolitana, de modo que cabia ao chefe do Executivo municipal apenas nomear os nomes eleitos pela sociedade³⁶.

³⁵ A SECIS teria as atribuições “de formular, coordenar, executar, acompanhar e avaliar a política municipal do desenvolvimento sustentável e de resiliência, promover a inovação da Cidade, executar estudos e planos para a promoção ambiental e preservação dos recursos naturais, gerir o Sistema de Áreas de Valor Ambiental e Cultural - SAVAM e coordenar as ações de Defesa Civil”, de acordo com o art. 8º da Lei municipal nº 9.186/2016, além de exercer a presidência e secretaria-executiva do COMAM.

³⁶ Para conferir de maneira mais aprofundada a evolução do regime jurídico envolvendo a participação popular na gestão ambiental do Município de Salvador e, especialmente, do COMAM, vide o artigo: PIRE-

Outro retrocesso legislativo provocado pela Lei municipal nº 8.915/2015, promulgada ainda durante a gestão do prefeito Antônio Carlos Magalhães Neto (2013/2020), mantido pela gestão do prefeito Bruno Reis (2021/atualmente) e aparentemente ignorado pela sociedade soteropolitana tem sido a exclusão do COMAM do processo de licenciamento ambiental municipal. Esse retrocesso pode ser observado no art. 16 da Lei municipal em comento, no qual se observa que houve a exclusão da colegiado ambiental municipal da atribuição de exercer a deliberação colegiada sobre as licenças ambientais envolvendo os empreendimentos e atividades com potencial significativo de causar impacto ambiental no município.

Desta forma, o Município de Salvador acabou alijando a sociedade civil soteropolitana desse processo de deliberação coletiva, que já era realizado de maneira bastante dificultada, especialmente por questões de natureza política e socioeconômica que costumam interferir na atuação estatal, mas com a novel legislação acabou por reduzir ainda mais o fragilizado controle social sobre o licenciamento ambiental municipal, vulnerando a participação popular e a cidadania.

O que torna temerária essa exclusão do COMAM é que o art. 235 da LOMS estabelece a atribuição administrativa do citado colegiado ambiental para deliberar sobre licenças ambientais relevantes, de modo que a interpretação correta da legislação ambiental exige o emprego do método hermenêutico sistemático que interprete o art. 16 da Lei municipal nº 8.915/2015 de forma conjugada com o dispositivo da LOMS. A interpretação que não contemple esse método sistemático aplicará o ordenamento jurídico municipal de maneira tecnicamente problemática e em desconformidade com o princípio democrático que possui amparo constitucional.

A LOMS estabelece em seu art. 7º, incisos XX e XXXVIII, competências que legitimam a expedição de licenças e autorizações, incluindo a licença ambiental, além do seu art. 235 que atribui ao COMAM a competência para conceder licença ambiental para alguns tipos de empreendimentos e atividades.

OLIVEIRA, Thiago. Esboços de uma história das políticas de participação social no Município de Salvador/Bahia: o caso do COMAM (1986-2012). *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Salvador, v. 5, n. 2, 2021.

Diante do arcabouço legal verificado supra, observa-se que o Município do Salvador possui diversas normas que respaldam a atuação do poder público no tocante ao licenciamento, verificando-se uma ausência de um diploma legal municipal que discipline o licenciamento ambiental de forma geral, em virtude da omissão do Poder Legislativo, suprida parcialmente com a edição da já citada Lei de 2015 que trata da política ambiental municipal³⁷.

5 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA LICENÇA AMBIENTAL

No senso comum, a palavra discricionariedade remonta a arbitrariedade. No entanto, já advertia Hely Lopes Meirelles que os dois vocábulos não bem diferentes para o direito administrativo, pois a discricionariedade é uma liberdade de atuação dentro dos contornos previstos pela lei, enquanto a arbitrariedade é a atuação sem limites³⁸. O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua discricionariedade como:

A margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente³⁹.

Observa-se neste conceito que a ideia de discricionariedade está associada a um processo de escolha entre comportamentos que venham a atender a finalidade da administração pública, sendo que essas escolhas deverão ser orientadas por critérios da

³⁷ A Lei nº 8.915/2015 tem origem em projeto de lei do Executivo municipal elaborado com base em minuta elaborada por comissão de juristas formada em 02 de junho de 2010, quando foi celebrada uma composição judicial no âmbito da Ação Civil Pública nº. 0018314-71.2010.4.01.3300 que tramitou na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia que reconheceu a competência do Município do Salvador para efetuar o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades de impacto local determinando-se a criação da referida comissão envolvendo representantes do Ministério Público federal e estadual, Advocacia Geral da União, e dos órgãos ambientais do Município do Salvador e Estado da Bahia, para elaboração de uma minuta de Código Ambiental Municipal. O resultado dos trabalhos da comissão esteve disponível entre dezembro de 2010 e novembro de 2011 no sítio eletrônico da atualmente extinta Superintendência do Meio Ambiente do Município em: http://www.meioambiente.salvador.ba.gov.br/images/sma/pdf/Minuta_Critica_Lei_Salvador_231110.pdf.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª ed. Atualiz. Eurico A. Azevedo, Délcio B. Aleixo e José E. Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120-121.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 855.

razoabilidade. Também deve ser ressaltado que a finalidade a ser atingida é o interesse público, conceito jurídico indeterminado, visto que ele sempre está assumindo um conteúdo específico a depender de cada caso concreto.

De acordo com Rita Tourinho, na discricionariedade o que haveria “é uma pluralidade de soluções justas, consistindo na liberdade de eleição. Permite-se fazer uma opção administrativa de mérito, segundo critérios de conveniência e oportunidade, entre possibilidades postas pela norma jurídica.”⁴⁰

Assim, a discricionariedade é uma realidade inevitável e compreensível no âmbito da administração pública, em razão da “impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige. O ideal seria que a lei regulasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador”, todavia, este plano é impossível⁴¹, considerando a complexidade das sociedades humanas.

A licença ambiental teria uma natureza distinta das licenças administrativas. Nesse sentido, afirma Celso Fiorillo que “a licença administrativa constitui ato vinculado, o que denuncia uma grande distinção em relação à licença ambiental, porquanto esta é, como regra, ato discricionário”⁴².

Édis Milaré corrobora com o entendimento de Fiorillo, quanto à natureza discricionária da licença ambiental, quando afirma que “a amplitude dos aspectos enfocados pelo EIA torna praticamente impossível adstringir-se a licença à aferição do atendimento de ‘exigências legais’ prévias, ainda que com grande margem de discricionariedade técnica”, havendo situações em que a autoridade ambiental poderá decidir inclusive sobre a conveniência do projeto⁴³.

Paulo Affonso Leme Machado, ao utilizar a expressão “autorização ambiental” como equivalente a “licenciamento ambiental”, enfatiza a natureza discricionária que

⁴⁰ TOURINHO, Rita Andrea Rehem Almeida. *Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 52.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 121-122.

⁴² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 82.

⁴³ MILARÉ, Edis. *Op. cit.* p. 407-408.

caracteriza a licença ambiental, optando o autor por denominar esse ato administrativo preferencialmente como “autorização ambiental”⁴⁴.

Entretanto, Leme Machado preleciona que o ideal para o licenciamento ambiental seria que suas normas reguladoras fossem vinculadas, de modo que “os direitos dos requerentes estivessem claramente explicitados e que não houvesse margem de opção para a Administração. Dessa forma, tentar-se-ia diminuir a corrupção e a omissão administrativa”, apesar de reconhecer o autor que esta ideia não seria totalmente factível⁴⁵ no contexto atual.

Expostos os posicionamentos doutrinários supra, verifica-se que no caso do procedimento de licenciamento ambiental, as possibilidades de escolha vislumbradas pela discricionariedade administrativa variam de acordo com a modalidade de licença ambiental, ou ainda, segundo a natureza do empreendimento ou atividade que cause impacto ambiental.

No tocante ao interesse público, este interesse figura como um elemento vinculado que se encontra identificado com a busca da manutenção do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida, conforme se infere do art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e do art. 2º da Lei da PNMA.

Ressalte-se, contudo, que apesar da natureza discricionária do ato da licença ambiental, serão sempre vinculados os seguintes elementos⁴⁶: agente competente (ou competência), fim (ou finalidade) e forma. Isto decorre do conceito de mérito administrativo delineado por José dos Santos Carvalho Filho, o qual engloba justamente outros dois elementos do ato, conforme a seguinte definição:

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os

⁴⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.* p. 419.

⁴⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.* p. 419.

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 136. Optou-se pela classificação dos elementos do ato administrativo dessa autora que os desdobra em cinco: agente competente, fim, forma, objeto e motivo.

fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público⁴⁷.

Quanto aos limites do poder discricionário do agente público, Odete Medauar elenca oito espécies de limites: a) parâmetros de observância da Constituição, da lei e dos princípios; b) “tipo de interesse público a ser atender”; c) normas de competência; d) consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza; e) motivação das decisões; f) observância do devido processo legal na administração; g) garantias organizacionais; e h) preceitos referentes à forma das decisões administrativas⁴⁸.

Na verificação dos limites à discricionariedade administrativa na emissão de licenças ambientais pela administração, e em especial pelo Município de Salvador, todos os limites traçados por Medauar se aplicam ao contexto do licenciamento ambiental municipal.

Assim, a título de ilustração, poder-se-ia contextualizar ao licenciamento ambiental os seguintes limites: a) parâmetros de observância da Constituição, da lei e dos princípios (o art. 225 da CF/88); b) “tipo de interesse público a ser atender” (o estabelecido pelo regimento do ente ambiental); c) normas de competência (os dispositivos que tratam da atribuição administrativa de uma autarquia para exercer o licenciamento ambiental); d) consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza (análise da coerência entre o que foi afirmado no requerimento de licenciamento e o que foi constatado em uma vistoria do ente licenciador); e) motivação das decisões (os fundamentos para a decisão que concedeu a licença ambiental); f) observância do devido processo legal na administração (respeito aos prazos processuais); g) garantias organizacionais (remanejamento de servidores de um setor com muitos servidores subaproveitados para que outro setor com carência de quadros possibilitando que ele funcione); e h) preceitos referentes à forma das decisões administrativas (publicação no Diário Oficial do Município).

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 114.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 136. Optou-se pela classificação dos elementos do ato administrativo dessa autora que os desdobra em cinco: agente competente, fim, forma, objeto e motivo.

Além dos limites citados por Medauar, outro limite residiria na vinculação da licença ambiental ao conteúdo contido no Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA/RIMA), no Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) e demais estudos ambientais, em conformidade com o art. 225, § 1º, inc. IV, da CF/1988 e demais regras jurídicas de matiz estadual e municipal.

Recordando que estudos ambientais, como o EIA/RIMA, são documentos técnicos que compreendem uma análise inter e multidisciplinar, sendo que um dos critérios e ferramentas que merecem destaque em tais estudos é o que envolve NDVI que auxilia na quantificação do índice de vegetação em um local e imprescindível para avaliação ambiental de impactos em unidades de conservação⁴⁹.

Uma última análise da regularidade de um licenciamento ambiental executado por um órgão ambiental estaria na observância do atendimento aos elementos competência, finalidade e forma. Nesse sentido, o Município de Salvador para atender a tais requisitos do ato administrativo, precisa obedecer ao seguinte esquema:

a) Agente competente: este elemento seria contemplado quando o licenciamento for de interesse local, conforme os arts. 23 e 30, inc. I, da CF/1988; o art. 6º, inc. VI, da Lei da PNMA; e o art. 9º da Lei das Competências Ambientais; o art. 159 da Lei estadual nº 10.431/2006, considerando a derrogação feita pelo art. 3º da Lei estadual nº 12.377/2011; e o art. 10 da Lei municipal nº 8.915/2015 e demais normas locais. E em segundo lugar, quando se analisa qual o órgão competente para o licenciamento em razão do grau de impacto ambiental dos empreendimentos e atividades que requerem a licença. Se o impacto for significativo, a licença deverá ser expedida pelo COMAM, para que seja respeitado o princípio da participação popular, nos demais casos, deverá ser emitida pelo órgão executor do SISMUMA;

b) Fim: o atendimento ao interesse público, que no caso do licenciamento ambiental, irá variar de acordo com cada caso concreto, mas envolverá a busca pelo equilíbrio ecológico compatibilizado com as questões socioeconômicas e com os

⁴⁹ RAVAZZANO LOPES BAQUEIRO, Fernanda; SILVA FALCÃO, Otto E. A utilização do sistema de monitoramento por NDVI na análise de riscos para concessão de licenciamento ambiental na APA Litoral Norte-BA: uma necessária abordagem das políticas de compliance ambiental. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 32, 2023.

desafios causados pelo Antropoceno, a exemplo da necessidade de adaptação aos efeitos deletérios das mudanças do clima, o que deve ser levado em conta considerando áreas vulneráveis como as ilhas da baía de Todos os Santos e demais regiões costeiras do município;

c) Forma: adotar um meio adequado para exteriorizar a vontade administrativa do ente administrativo, que no caso das licenças expedidas pelo órgão executor do SISMUMA deve ser a publicação de portaria no Diário Oficial do Municipal (D.O.M.) e no caso das licenças aprovadas pelo COMAM deve também ser publicadas por meio de resolução na imprensa oficial.

6 CONCLUSÕES

Os municípios são portadores da competência para a edição de normas jurídicas, inclusive, lei em sentido formal, regulando o meio ambiente em seus territórios, visto que a Constituição permite a proteção jurídica do meio ambiente por meio da competência suplementar (art. 30, inc. II, CF/88); ou nas hipóteses em que constitui um “assunto de interesse local” (art. 30, inc. I, CF/88) e, ainda, nas circunstâncias em que a norma criada almejar a promoção do “adequado ordenamento territorial” (art. 30, inc. VIII, CF/88).

A Resolução nº. 237/97 do CONAMA já adotava desde a década de 1990 o princípio da unicidade no processo administrativo de licenciamento ambiental, ou seja, somente um ente federativo bastaria para licenciar um empreendimento ou atividade. Assim, o referido ato normativo do CONAMA rejeitava o princípio da triplicidade que consistiria em todos os entes federativos estar competentes para exercerem o licenciamento ambiental de uma mesma atividade ou empreendimento, ou seja, o licenciamento ambiental tríplice.

O modelo da unicidade do licenciamento ambiental foi recepcionado pela Lei Complementar federal nº 140/2011, porém, aperfeiçoou-o ao prever em seu art. 15 a possibilidade de atuação em caráter supletivo da União ou dos Estados nos casos de inexistência de órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no ente federativo dotado originalmente da atribuição licenciatória.

Os órgãos locais do SISNAMA possuem competência para decidir, mediante processo administrativo próprio, sobre a emissão do ato administrativo “licença ambiental” para empreendimentos, obras e atividades causadores de impacto local, ou seja, que não ultrapassem os limites do território municipal.

O Município do Salvador possui diversas normas que respaldam a atuação do poder público no tocante ao licenciamento, verificando-se que apesar da ausência de um código único que discipline a legislação ambiental de forma geral, resultado de política legislativa dos Poderes Públicos locais, esta ausência não inviabiliza o exercício da competência licenciatória pela municipalidade, o que ficou consolidado com o advento da Lei das Competências Ambientais e da legislação municipal esparsa que rege a matéria, com destaque para a Lei nº 8.915/2015.

A ideia de discricionariedade está associada a um processo de escolha entre comportamentos que venham a atender a finalidade da administração pública, sendo que essas escolhas deverão ser orientadas por critérios da razoabilidade. Também deve ser ressaltado que a finalidade a ser atingida é o interesse público, conceito jurídico indeterminado, visto que ele sempre está assumindo um conteúdo específico a depender de cada caso concreto.

De acordo com Odete Medauar, existem oito limites do poder discricionário do agente público: a) parâmetros de observância da Constituição, da lei e dos princípios; b) “tipo de interesse público a ser atender”; c) normas de competência; d) consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza; e) motivação das decisões; f) observância do devido processo legal na administração; g) garantias organizacionais; e h) preceitos referentes à forma das decisões administrativas. Todos estes limites aplicar-se-iam ao contexto do licenciamento ambiental municipal.

Outro limite da discricionariedade administrativa residiria na vinculação da licença ambiental ao conteúdo contido no EIA/RIMA, no EIV e demais estudos ambientais, em conformidade com o art. 225, § 1º, inc. IV, da Constituição Federal e demais regras jurídicas de matiz estadual e municipal.

O licenciamento ambiental no município de Salvador para atender a tais requisitos do ato administrativo, precisa obedecer ao seguinte esquema:

a) Agente competente: este elemento seria contemplado quando o licenciamento for de interesse local, conforme a legislação ambiental. E em segundo lugar, quando se analisa qual o órgão competente para o licenciamento em razão do grau de impacto ambiental dos empreendimentos e atividades que requerem a licença. Se o impacto for significativo, a licença deverá ser expedida pelo COMAM, para que seja respeitado o princípio da participação popular, nos demais casos, deverá ser emitida pelo órgão executor do SISMUMA;

b) Fim: o atendimento ao interesse público, que no caso do licenciamento ambiental, irá variar de acordo com cada caso concreto, mas envolverá a busca pelo equilíbrio ecológico compatibilizado com as questões socioeconômicas e com os desafios causados pelo Antropoceno, a exemplo da necessidade de adaptação aos efeitos deletérios das mudanças do clima;

c) Forma: adotar um meio adequado para exteriorizar a vontade administrativa do ente administrativo, que no caso seria a publicação na imprensa oficial das licenças expedidas pelo órgão executor do SISMUMA por meio de “portaria” e no caso do COMAM deve ser por “resolução”.

7 REFERÊNCIAS

- ALIBRANDI, Tommaso e FERRI, Piergiorgio. *I Beni Culturali e Ambientali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Política Nacional do Meio Ambiente: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo municipal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DE LA BARCA, Calderón. *A vida é um sonho*. Trad.: Renata Pallottini. São Paulo: Hedra, 2008.
- DUARTE, Lília C.B. *Política externa e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- FARIAS, Talden. *Competência Administrativa Ambiental: Fiscalização, Sanções e Licenciamento na Lei Complementar 140/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Le Droit de L'Environnement*. 7. ed. Paris: PUF, 2006.

PIRES-OLIVEIRA, Thiago. *Conselho Nacional do Meio Ambiente e Democracia Participativa*. Curitiba: Juruá, 2016.

PIRES-OLIVEIRA, Thiago. Esboços de uma história das políticas de participação social no Município de Salvador/Bahia: o caso do COMAM (1986-2012). *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Salvador, v. 5, n. 2, 2021.

RAVAZZANO LOPES BAQUEIRO, Fernanda; SILVA FALCÃO, Otto E. A utilização do sistema de monitoramento por NDVI na análise de riscos para concessão de licenciamento ambiental na APA Litoral Norte-BA: uma necessária abordagem das políticas de compliance ambiental. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 32, 2023.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOURINHO, Rita Andrea Rehem Almeida. *Discricioniedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

Como citar:

PIRES. Thiago Oliveira. Limites da discricioniedade administrativa na emissão de licenças ambientais pelo município de Salvador/Bahia. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 33, p. 1-31, ano 2023. DOI: (endereço do DOI desse artigo).

Originais recebido em: 22/11/2023.

Texto aprovado em: 22/11/2023.