

Regulação ambiental e a tragédia dos antibens comuns: análise da eficiência e efetividade aplicáveis ao regime de competência em matéria de licenciamento ambiental

Environmental regulation and the tragedy of the anti-commons: efficiency and effectiveness analysis applicable to the environmental permitting regime of commonly shared authority

Rômulo Silveira da Rocha Sampaio*

Julia Macedo de Lamare**

Viviane Damato Otto Kloss***

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a ausência de definição de regras de cooperação para o exercício da competência comum ambiental, nos termos do art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal brasileira (CF/88), sujeitava o licenciamento ambiental e o desenvolvimento sustentável à tragédia dos antibens comuns. A edição da Lei Complementar (LC) 140/2011 e a recente publicação do Decreto 8.437/2015 trazem promissoras reformas institucionais capazes de evitar a tragédia dos antibens comuns. Se corretamente manuseados, há potencial de ganho de eficiência e efetividade do sistema de competência constitucional comum em matéria de licenciamento ambiental.

Palavras-chave: Competência comum. Desenvolvimento sustentável. Licenciamento. Meio ambiente. Tragédia dos antibens comuns.

* Professor permanente no Programa de Mestrado em Direito da Regulação e Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Professor-Adjunto – Pace University de Nova York. Professor-Visitante na Georgia State University College of Law, em Atlanta – USA.

** Mestranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada no escritório Reis e Sampaio Advogados.

*** Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialização em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRS). Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

Abstract: This work aims at demonstrating that without a clear definition of cooperative rules within the commonly shared authority environmental permitting regime as set forth in art. 23, single paragraph, of the Federal Constitution, the system is subject to the tragedy of the anti-commons. With the enactment of Complementary Law 140/2011 and the most recently Decree 8.437/2015, a promising institutional reform is instituted capable of avoiding the tragedy of the anti-commons. If properly managed, a great potential for efficiency and effectiveness gain exists in the commonly shared authority constitutional regime in the subject of environmental permitting.

Keywords: Common authority. Sustainable development. Permitting. Environment. Tragedy of the anti-commons.

Introdução

Em abril de 2015, foi publicado o Decreto 8.437, cujo objetivo é regulamentar o art. 7º, *caput*, inciso XIV, alínea “h” e o § único da LC 140/2011, para estabelecer as tipologias de empreendimento e atividades sujeitas à competência da União em matéria de licenciamento ambiental.

A definição dessas tipologias tornou mais concreta a competência federal licenciatória e, por conseguinte, agregou clareza e objetividade às regras de cooperação previstas na LC 140/2011, responsável por regulamentar a competência comum ambiental nos termos do art. 23, VI, VII e § único da CF/88.

Antes da edição dessas normas, todos os entes tinham, na prática, competência para licenciar e fiscalizar a mesma atividade. O empreendedor não desfrutava de segurança jurídica,¹ pois ter uma licença de um determinado órgão não impedia que um órgão de outra esfera da Federação se declarasse competente àquele licenciamento e aplicasse multa pelo suposto exercício de atividade sem licença.² A ausência de regras de

¹ Para Mello, a segurança jurídica é “da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. E continua: “O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.” (MELLO, C. A. B. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. Malheiros: São Paulo. 2012. p. 126-127.

² Nesse sentido, é o seguinte julgado do STJ, de 2010, anterior, pois, à LC 140/2011: ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOAREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL. 1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para

cooperação representava um verdadeiro desincentivo à exploração de atividades e ameaçava, em última instância, o desenvolvimento econômico sustentável.

Com efeito, os mencionados diplomas normativos promoveram uma alteração significativa no âmbito do licenciamento ambiental, na medida em que foram capazes de organizar as competências de cada um dos entes da Federação. Com o novo regime de cooperação definido pela LC 140/2011, reduz-se o potencial de conflitos que imperava sob a égide da Resolução Conama 237/1997, afastando, portanto, a constante sobreposição de instituições e, conseqüentemente, os simultâneos licenciamentos e o exercício do Poder de Polícia.

Nesse cenário, o presente trabalho, através dos métodos indutivo e dedutivo e com pesquisa bibliográfica multidisciplinar em Economia e Direito, propõe uma análise do licenciamento ambiental à luz da teoria da tragédia dos antibens comuns. Pretende-se demonstrar como esse cenário de uma tragédia de subaproveitamento pode ser replicado para entender o contexto vigente anterior ao regime cooperativo instituído pelo art. 23 da CF/88, LC 140/2011 e do Decreto 8.437/2015. Mais do que isso, a teoria dos antibens comuns serve também a uma análise prospectiva sobre ganho de eficiência e efetividade do complexo regime de regulação ambiental brasileiro compartilhado pelas três esferas da Federação.

a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento. 2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações. 3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos. 4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região. 5. Recursos especiais improvidos. (REsp 588.022/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 05/04/2004, p. 217, grifo nosso).

O licenciamento ambiental antes da edição da LC 140/2011 e do Decreto 8.437/2015

A gestão do meio ambiente, consoante opção do legislador constituinte, é responsabilidade comum dos entes da Federação. A principal disposição constitucional sobre o tema está inserida no art. 225, da CF/88, ao dispor que “ao Poder Público e à coletividade, impõe-se o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações”.

Caracterizada no referido dispositivo, a competência administrativa comum dos entes da federação para a tutela ambiental vem ratificada pelo art. 23, VI e VII, da CF/88. A regra de cooperação entre distintos entes tornou-se imperativa pelo art. 23, § único, da CF/88. Em matéria ambiental, o regime cooperativo só foi disciplinado na forma como exigido pelo texto constitucional (LC) mais de duas décadas após a promulgação da Carta Magna, na edição da LC 140/2011.

Diversamente da competência administrativa comum para gestão ambiental, a competência legislativa em matéria de meio ambiente apresenta outra dinâmica. Na forma do art. 24, VI, da CF/88, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Tal competência legislativa concorrente, vale frisar, se estende igualmente aos Municípios no que se refere aos assuntos de interesse local.³ Contudo, a competência da União para legislar sobre normas gerais não afasta a competência suplementar dos Estados⁴ e dos Municípios,⁵ possibilitando o preenchimento de lacunas na norma geral.

Em que pese o pressuposto de hierarquia das normas emanadas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à correlata lei federal, essa formação constitucional, com a competência legislativa concorrente dos entes federados, tornou a normatização do Direito Ambiental complexa, elevando a probabilidade de conflitos de normas nesse âmbito. Isso ocorre porque, na seara ambiental, pela grandiosidade dos temas que abarca, as

³ Art. 30, I, da CF/88.

⁴ Art. 24, § 2º, da CF/88.

⁵ Art. 30, II, da CF/88.

matérias se interseccionam constantemente, aumentando o risco de conflito de normas.⁶

De outro ângulo, no que tange ao compartilhamento da gestão ambiental, a sistemática criada pela CF/88 resultou em mais dificuldades na aplicação do Direito Ambiental, notadamente porque não há hierarquia entre a Administração Pública ambiental, federal, estadual e municipal.

Assim, na tentativa de definir com maior clareza os termos do compartilhamento da responsabilidade administrativa sobre o meio ambiente, foi editada a Resolução Conama 237/1997,⁷ criada com o objetivo de propiciar uma efetiva utilização do licenciamento ambiental, de forma a otimizar a gestão ambiental e estabelecer critérios para delimitação das competências em todas as esferas da federação.

A par das discussões sobre a constitucionalidade de uma resolução poder estabelecer normas de competência administrativa nessa seara,⁸ a resolução citada tinha por fim definir a distribuição de atribuições comuns

⁶ Nesse sentido, alerta Sarlet: “O conflito de normas pode ocorrer tanto na perspectiva do exercício da competência legislativa concorrente – por exemplo, a União edita norma geral e determinado Estado ou Município edita norma suplementar que conflita com a primeira em algum aspecto – quanto no exercício da competência legislativa privativa da União que esteja em desacordo com outra legislação editada pelo ente federativo estadual ou municipal. Nesta última hipótese, pode-se imaginar situação em que a União venha a editar legislação sobre alguma das suas competências privativas elencadas no art. 22 da CF/1988 (por exemplo, energia, mineração ou águas) e tal norma se coloca em conflito com o disposto em determinado diploma legislativo estadual ou municipal em matéria ambiental. Cumpre lembrar, nesse contexto, que algumas matérias estabelecidas no art. 22 da CF/1988, como referimos em tópico antecedente, interseccionam com questões atinentes à proteção ambiental, de modo que é totalmente possível tal conflito legislativo.” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A competência constitucional legislativa em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RTr, v. 18, n. 71, p. 86, 2003).

⁷ Não se pode olvidar que a Resolução Conama 237/1997 foi a principal norma delimitadora das atribuições dos entes federativos sobre licenciamento ambiental até a publicação da LC 140/2011, que passou a regular, de forma constitucional, tais atribuições.

⁸ Sobre o tema, expõe Machado: “As atribuições e obrigações dos Estados e dos Municípios só a Constituição Federal pode estabelecer. O arcabouço do país tem que estar estruturado na lei maior que é a Constituição. Se leis ordinárias, se decretos, portarias ou resoluções, por mais bem intencionados que sejam, começarem a criar direitos e obrigações para os entes federados, subvertem-se totalmente os fundamentos da Federação. Leis infraconstitucionais não podem repartir ou atribuir competências, a não ser que a própria Constituição Federal tenha previsto essa situação, como o fez explicitamente no art. 22, parágrafo único, quando previu que a competência comum estabelecendo normas de cooperação será objeto de lei complementar.” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 108).

dos entes federativos, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica e o ônus desnecessário imposto aos empreendedores. No entanto, a edição da dita resolução não impedia, em tese, a possibilidade de licenciamentos simultâneos nas esferas municipal, estadual e federal,⁹ conforme se extrai da jurisprudência do STJ.¹⁰

Do exame dessa resolução iluminam-se questões sobre a repartição de competências administrativas em matéria ambiental. Sobre elas, a doutrina, há muito, vem se debruçando.¹¹ As decisões seguiram nos mais

⁹ Nesse sentido, aduz Milaré: “Neste passo, vale, no entanto, ponderar que, se por um lado é legítimo e constitucional o múltiplo licenciamento, como, aliás, já reconheceu a 1ª Turma do STJ, por outro lado não se pode ignorar as preocupações e perplexidades a assaltar os empreendedores, desorientados não só pela morosidade que a superposição de funções dos órgãos públicos pode ensejar ao procedimento, como, e principalmente, com os altos custos a serem incorridos e pelas possíveis exigências nem sempre harmônicas que desses órgãos podem emanar.” (MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 414).

¹⁰ ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL. 1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento. 2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações. 3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos. 4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, *in casu*, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região. 5. Recursos especiais improvidos. (Resp 588022/SC em Recurso Especial 2003/0159754-5. Rel. Min. José Delgado. Julgamento 17/02/2004).

¹¹ Sobre a Resolução Conama 237/1997, assevera Antunes: “A Resolução CONAMA n° 237, de 19 de dezembro de 1997, sem qualquer base legal, estabeleceu, em seu artigo 4º, que: Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental a que se refere o artigo 10 da Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimento e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional [...] A mesma Resolução, ilegalmente, invadiu a competência exclusiva dos Estados no que diz respeito ao licenciamento ambiental, ao lhes retirar atribuições e delegá-las aos Municípios (arts. 5º e 6º). Curioso foi que a atribuição de licenciamento ambiental aos ‘entes federados’ ficou

diversos sentidos.¹² Sobre a abrangência territorial da competência para o licenciamento de determinado ente, explica Alonso Júnior que “o raio de influência ambiental é que indicará o interesse gerador da fixação da atribuição, traçando-se uma identificação da competência licenciadora

condicionada à existência de Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, que eles possuam profissionais habilitados (art. 20). O CONAMA, no particular, logrou se superar: ou os Estados e Municípios possuem competência para licenciar em termos ambientais – competência outorgada pela CF – ou não possuem.” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 165-166).

- ¹² PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL. NULIDADE DE LICENCIAMENTO. INSTALAÇÃO DE RELAMINADORA DE AÇOS. LEIS N°S 4.771/65 E 6.938/81. ATUAÇÃO DO IBAMA. COMPETÊNCIA SUPLETIVA. I – Em razão de sua competência supletiva, é legítima a presença do IBAMA em autos de ação civil pública movida com fins de decretação de nulidade de licenciamento ambiental que permitia a instalação de relaminadora de aços no município de Araucária, não se caracterizando a apontada afronta às Leis n°s 4.771/65 e 6.938/81. II – “A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais” (REsp n° 588.022/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 05/04/2004). III – Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 818666/PR no Recurso Especial 2006/0015674-0. Rel. Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgamento 25/04/2006). ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTRUÇÃO DE SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NAS IMEDIAÇÕES DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DE CONDICIONANTES AMBIENTAIS. IBAMA. COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL. TUTELA PROCESSUAL-CAUTELAR DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225, CAPUT). AUTUAÇÃO E EMBARGO DA OBRA. LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em se tratando de exploração de atividade potencialmente poluidora do meio ambiente, a competência do ente municipal e/ou estadual, para o licenciamento ambiental, não exclui a competência supletiva do IBAMA, que se impõe, em casos assim, em face da tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha autoaplicável de imposição ao poder público (incluído o Poder Judiciário) e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, para as presentes e gerações futuras (CF, art. 225, caput), tudo em harmonia com o princípio da precaução, já consagrado em nosso ordenamento jurídico (AG 0018353-06.2012.4.01.0000/MA, Quinta Turma, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, 29/08/2013 e-DJF1 P. 384). 2. Para que a impetrante pudesse realizar a construção do Sistema de Esgotamento Sanitário do Município de Mucugê/BA, nas imediações da Unidade de Conservação denominada Parque Nacional da Chapada Diamantina, seria necessária a obtenção de prévia licença do órgão ambiental federal responsável pela gestão daquela unidade, qual seja, o IBAMA, até a edição da Lei 11.516/2007, e, após, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio (Lei 9.985/2000, arts. 1º, 6º, inciso III e 36, § 3º), sendo insuficiente, portanto, a licença emitida pelo órgão ambiental estadual. 3. O próprio órgão ambiental estadual, Centro de Recursos Ambientais – CRA, ao conceder Licença Simplificada à impetrante para a construção do referido sistema de esgotamento sanitário, estabeleceu, por meio da Portaria/CRA n° 5510/2007, que a respectiva licença somente teria validade se a interessada cumprisse uma série de condicionantes, dentre elas, a de

com a competência jurisdicional (art. 2º da Lei Federal 7.347/1985 – local do dano ambiental)”.¹³

Sob esse contexto, eram emitidas as licenças ambientais até a publicação da LC 140/2011. A ausência de complementaridade de atribuições e de compartilhamento de responsabilidades propiciava a disputa entre os órgãos ambientais, para que prevalecesse a respectiva competência para licenciar, permitindo, dessa forma, a sobreposição de instituições e a exigência de licenciamentos simultâneos.

Dessa feita, propõe-se, a seguir, uma análise desse panorama ineficaz e ineficiente do sistema de competências em matéria de licenciamento ambiental, que perdurou até a edição da LC 140/2011, à luz da teoria econômica denominada tragédia dos antibens comuns.

atender às exigências do IBAMA. 4. O Superintendente do IBAMA, em suas informações, negou que a autarquia tenha dado anuência ao licenciamento, afirmando, apenas, que iria analisar o cumprimento das condicionantes e a realização de estudos ambientais solicitados pela autarquia, a fim de autorizar ou não a construção do empreendimento. 5. Não houve, portanto, autorização definitiva para a construção da obra, tendo em vista que dependia, à época, da efetiva anuência do IBAMA, após o cumprimento integral das condições estabelecidas pelo órgão ambiental federal, o que não logrou comprovar a impetrante. 6. Apelação a que se nega provimento. (AMS 00123385420084013300, DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, TRF1 – QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:24/08/2015 PAGINA 471.) AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA INTERVENÇÃO EM ÁREA DE PROTEÇÃO – MATA ATLÂNTICA – AUSÊNCIA DE INTERESSE ESPECÍFICO E DIRETO DA UNIÃO E DO IBAMA – COMPETÊNCIA DE ÓRGÃO LOCAL – AGRAVO PROVIDO. I – Especificamente quanto à competência para realizar licenciamento ambiental e respectiva fiscalização, exige-se a observância aos artigos 10 e 11 da Lei nº 6.938/81, os quais prevêm que a realização e a fiscalização atinentes a determinado licenciamento ambiental são atribuições preferencialmente exercidas pelos órgãos ou entidades estaduais. II – Competência do IBAMA que somente incide quando o impacto direto ao meio ambiente atinge limites territoriais da unidade federativa, o que decorre da autonomia das unidades federativas previstas no art. 18 da Lei Maior. III – Configurada a necessidade de realização de licenciamento ambiental, o impacto causado pela construção em evidência não permitiria a inclusão entre as hipóteses de licenciamento atribuídas ao IBAMA, não se justificando, assim, o poder de polícia exercido por referida entidade ao lavrar Auto de Infração e Termo de Embargo. IV – Agravo de instrumento provido. (AI 00015612520094030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 – TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/11/2013. FONTE_REPUBLICAÇÃO.)

¹³ ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *Da competência para o licenciamento ambiental: aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 41.

A tragédia dos antibens comuns: uma proposta de análise do licenciamento ambiental à luz da competência comum prevista na Constituição Federal brasileira

A CF/88 definiu o meio ambiente, no *caput* do art. 225, como “bem de uso comum do povo”. Entende-se, bem por isso, que não comporta desmembramento em parcelas individuais, tornando sua fruição necessariamente comunitária.¹⁴ É, desse modo, bem pertencente a todos os integrantes da sociedade, sem qualquer tipo de distinção ou atribuição de direito de propriedade. Nesse caso, o Poder Público figura como gestor, e não, como proprietário do bem que, nos termos do mesmo art. 225, é essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.¹⁵

Nesse cenário de inexistência de direitos de propriedade, há um enorme incentivo à superutilização do meio ambiente, pois os custos do seu desgaste não serão suportados diretamente por uma única pessoa. Com efeito, esse bem que é essencialmente público, nos termos propostos pela economia¹⁶ (isto é, o meio ambiente é não excludente, já que não é possível impedir o acesso de determinada pessoa a esse bem, e é não rival, na medida em que o consumo por um indivíduo não reduz a disponibilidade do bem para outro indivíduo¹⁷), perde a característica de não rivalidade e se torna um recurso comum. Isso porque o consumo desenfreado (incentivado pela ausência de propriedade) acaba por tornar o bem escasso e, por conseguinte, rival. Para ilustrar tal situação, pode-se citar a emblemática crise hídrica vivenciada na Região Sudeste do Brasil, especialmente pelo Estado de São Paulo, iniciada no final de 2013 e intensificada em de 2014, na qual a disponibilidade hídrica diminuiu drasticamente, e todos os moradores tiveram de racionalizar, oficiosamente, o seu uso. Se, naquele momento, um morador consumisse muita água, certamente restaria menos do recurso aos outros moradores.

¹⁴ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 248.

¹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 154.

¹⁶ VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Trad. da 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 732-757.

¹⁷ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. da 3. ed. norte-americana. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 225.

Diante da caracterização do meio ambiente, em certos contextos fáticos, como recurso comum, é corriqueira a aplicação da ideia de *tragédia dos bens comuns* à seara ambiental.¹⁸ A expressão é emprestada da economia e faz referência a situações nas quais há um forte incentivo à superutilização de determinado bem. O clássico exemplo é o pasto aberto a todos, situação na qual se supõe que cada fazendeiro irá colocar o maior número possível de cabeças de gado na referida área. A suposição apoia-se na teoria da escolha racional, segundo a qual todo indivíduo é dotado de racionalidade e, por isso, irá tomar decisões para maximizar a sua utilidade. Com efeito, o fazendeiro racional sempre irá acrescentar mais uma cabeça de gado ao pasto comum para incrementar o seu bem-estar.

Ocorre que todo e qualquer fazendeiro que utiliza o pasto pensará da mesma maneira. A consequência será um pasto lotado de gado e um bem superutilizado, determinando, na verdade, a impossibilidade de maximização da utilidade de cada fazendeiro e a ineficiência na exploração do bem.¹⁹ Para evitar o cenário trágico, uma simples solução seria a alocação de direito de propriedade. Se um indivíduo tiver a propriedade da terra, ele terá incentivos para colocar uma determinada quantidade de gado que

¹⁸ Ver, nesse sentido, *e. g.*: (POLICARPO, Mariana Aquilante; SANTOS, Claudia Regina dos. Proposta metodológica de uma gestão integrada e participativa dos recursos naturais de uso comum: a contribuição da análise trade-off. *Revista de Estudos Ambientais*, v. 10, n. 2, p. 71-87, jul./dez. 2008; COSTA, Simone S. Thomazi. Introdução à economia do meio ambiente. *Análise*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 301-323, ago./dez. 2005; MACHADO, Luciana de Oliveira Rosa. Desflorestamento na Amazônia: ação coletiva, governança e governabilidade em área de fronteira. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 24, n. 1, p. 115-147, jan./abr. 2009; WENCESLAU, Juliana et. al. Políticas da terra: existe um novo discurso ambiental pós Rio+20? *Cadernos Epabe.BR*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, artigo 7, p. 584-604, set. 2012; SCHMITZ, Heribert; DA MOTA, Dalva Maria; JÚNIOR, Josué Francisco da Silva. Gestão coletiva de bens comuns no extrativismo de mangaba no Nordeste do Brasil. *Ambiente e Sociedade*, Campinas, v. XII, n. 2, p. 273-292, jul./dez. 2009; PADUA; Suzana Machado; SÁ, Lais Mourão. O papel da educação ambiental nas mudanças paradigmáticas da atualizada. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, n. 102, p. 71-83, jan./jun. 2002; PEREIRA; Dilma Seli Pena; JOHNSSON, Rosa Maria Formiga. Descentralização da gestão dos recursos hídricos em bacias nacionais no Brasil. *Rega*, v. 2, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2005; FEENY, David et. al. The tragedy of the commons: twenty-two years later. *Human Ecology*, v. 18, n. 1, p. 1-19, 1990; CORRAL-VERDUGO, Victor et. al. Residential water consumption, motivation for conserving water and the continuing tragedy of the commons. *Environmental Management*, v. 30, n. 4, p. 527-535, 2002.

¹⁹ HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. *Science*, v. 162, p. 1243-1248, 13 Dec. 1968.

seja capaz de maximizar sua utilidade sem que o pasto sofra demasiadamente com o desgaste.

Garrett Hardin, pioneiro no desenvolvimento da teoria da tragédia dos bens comuns, abordou também exemplo relacionado à poluição: o homem racional descobre que o custo de descartar seus resíduos sem qualquer tratamento no meio ambiente é menor do que o custo de tratar esses resíduos antes de descartá-los. Todos os indivíduos racionais chegarão à idêntica conclusão e descartarão resíduos contaminados no meio ambiente, que, com o tempo, ficará totalmente poluído.²⁰

O problema da tragédia do bem comum associado ao meio ambiente não poderia receber o mesmo tratamento daquele verificado no caso do pasto. A atribuição de direito de propriedade em relação ao meio ambiente seria inviável não só por conta de sua grande extensão em todo o território nacional, como também porque a CF/88 expressamente definiu o seu caráter difuso (“bem de uso comum do povo”). Com efeito, grande parte dos recursos bióticos e abióticos que compõem o meio natural não é capturável pela clássica noção de direito de propriedade.²¹

Uma possível solução para a tragédia dos bens comuns no meio ambiente seria a definição de instrumentos regulatórios de comando e controle. O estabelecimento de critérios e parâmetros para o descarte de resíduos e a previsão de penalidades, em caso de descumprimento, poderiam tornar o descarte, sem o devido tratamento, mais custoso, criando incentivos para que o homem racional sempre descarte o resíduo tratado.

Desse modo, a despeito de o meio ambiente não comportar a atribuição de direitos de propriedade, a ideia que fundamenta a tragédia

²⁰ HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. *Science*, v. 162, p. 1243-1248, 13 Dec. 1968.

²¹ Dessa constatação, surgem teóricos que enxergam no meio ambiente um vetor de transformação da clássica noção de propriedade que outrora pautara diversas tradições jurídicas. Nesse sentido, “Property rights and most natural-resource laws are based upon the notion of boundaries, which have rarely been defined in ecological terms (Keiter 1989). The very concept of legal ownership rights implies certainty and stability, but the nature of ecosystems is instability and disequilibrium (Botkin 1990), requiring a management strategy based on adaptive experimentation (Lee 1993). Moreover, the existing legal order is generally designed to ensure prompt and tangible financial returns, while ecological management often requires lengthy observation periods and managerial forbearance (Sax 1993). As a result, only a fragmentary and incomplete ecosystem-management obligation can be derived from existing law.” (KEITER, Robert. B. *Ecosystems and the Law. Towards an Integrated Approach. Ecological Applications*, v. 8, n. 2, p. 332-341, 1998).

dos comuns auxilia na elaboração de políticas públicas na seara ambiental e, por conseguinte, contribui para uma gestão mais eficiente desse bem.

Ocorre que a tragédia dos comuns não é a única teoria desenvolvida no âmbito do direito de propriedade que pode auxiliar na gestão do meio ambiente – e os estudiosos da seara ambiental parecem não atentar a esse fato. Tão grave quanto, destaca-se a subutilização de um recurso que pode deixá-lo sujeito, justamente, à tragédia do bem comum, ou, no caso do licenciamento ambiental, sujeitá-lo à séria e grave ineficiência com repercussão negativa no princípio do direito ao desenvolvimento sustentável. (art. 170, inc. VI, da CF/88).

Destaca-se, no presente trabalho, a tragédia dos antibens comuns, desenvolvida por Heller a partir da tragédia proposta por Hardin. De acordo com Heller, o seu principal objetivo com o desenvolvimento dessa teoria é introduzir os antibens comuns como uma ferramenta útil para a teoria da propriedade e mostrar como a identificação desses bens pode auxiliar na formulação de políticas públicas.

Os antibens comuns são caracterizados pela presença de múltiplas partes que compartilham o direito de propriedade de um bem escasso. Como muitas partes possuem o mesmo direito, o uso do bem depende do consentimento de todas elas. Se uma única parte se opõe, o uso do bem fica bloqueado, e os outros proprietários ficam impedidos de exercer seu direito de propriedade. Nesse cenário, a definição dos antibens comuns pode ser sintetizada da seguinte forma: múltiplos proprietários possuem, individualmente, o direito de excluir os outros do bem escasso e ninguém tem o privilégio de uso.²² Dessa assertiva extrai-se uma das principais diferenças entre os antibens comuns e os bens privados, pois, naqueles, cada proprietário é capaz de impedir que outro proprietário exerça o conjunto de direitos (*bundle of rights*) inerente ao direito de propriedade.²³

²² Nas palavras de Heller: “This Article defines anticommons property as a property regime in which multiple owners hold effective rights of exclusion in a scarce resource. This definition departs from previous definitions along four dimensions: the universality of rights of exclusion, the implication of non-use as optimal, the formality of rights, and the scale of anticommons property”. (HELLER, Michael A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 3, p. 621-688, jan. 1998, grifos no original).

²³ Heller estabelece quatro diferenças entre os antibens comuns e os bens privados: “This Article distinguishes anticommons property from private and commons property along four dimensions. First, anticommons property is a property regime in which multiple owners hold effective rights of exclusion to a scarce resource. Second, ownership of

O grande problema está no fato de que, em situações nas quais há muitos proprietários com o direito de exclusão, o recurso tende a ser subutilizado. Portanto, a tragédia ocorre quando os proprietários falham em acordar o uso do bem e acabam por desperdiçá-lo.²⁴

De acordo com Heller, a existência de um antibem comum não vai determinar, necessariamente, a situação trágica. Em um cenário de ausência de custos de transação, por exemplo, os proprietários conseguirão chegar a um acordo sobre o uso do bem. Ou ainda, mesmo havendo esses custos – e o próprio autor reconhece que, no mundo em que vivemos, sempre haverá – as partes podem ter sucesso na negociação sobre o uso do bem.

De todo modo, há muitas situações nas quais a consequência será a tragédia e, por isso, sua identificação contribui para a solução de problemas reais que, de outro modo, não seriam solucionados. Entender como os antibens comuns funcionam na prática, defende Heller, auxilia na elaboração de políticas públicas eficientes e capazes de atender aos objetivos aos quais se propõem.²⁵

Tragédia semelhante era frequente no licenciamento ambiental. Não obstante a inexistência de direitos de propriedade, a pluralidade de gestores do meio ambiente já gerou situação parecida com a descrita por Heller, como se analisa a seguir.

De acordo com o art. 23, VI e VII, do Diploma Constitucional, todos os entes da Federação possuem competência comum sobre o meio ambiente:

anticommons property includes the ability by each owner to prevent other owners from obtaining a core bundle of rights in an object. Third, keeping most objects of value in anticommons ownership means that the objects may not be readily alienable, may not be available for productive use, and may not be subject to a clear hierarchy of decision making authority among owners. Fourth, non-private property may be analyzed either as anticommons property if rights of exclusion dominate use, or as commons property if privileges of inclusion dominate". (HELLER, op. cit.).

²⁴ A principal diferença entre a tragédia dos bens comuns e a tragédia dos antibens comuns pode ser resumida da seguinte forma: a primeira é identificada nas situações em que muitos indivíduos tem o privilégio de uso de um bem escasso, o que determinará o consumo excessivo do bem. A segunda, por outro lado, relaciona-se às situações nas quais muitos indivíduos possuem o direito de exclusão e, por conseguinte, haverá o subconsumo do bem.

²⁵ HELLER, op. cit.

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

[...]

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

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

A partir desse dispositivo, é notório que todos os entes da Federação possuem competência para conduzir processos de licenciamento ambiental. Resta, no entanto, definir as atribuições específicas de cada um deles, ou seja, quem seria competente para licenciar e qual atividade.

O § único do art. 23 estabelece que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Nesse sentido, a fixação de normas de cooperação, responsáveis por definir os exatos termos das atribuições de cada ente, é de extrema relevância à organização da competência comum prevista na CF/88.

Ocorre que, na seara ambiental, a LC prevista no dispositivo acima citado foi editada apenas em 2011 – LC 140, de 8 de dezembro de 2011.²⁶ Foram, portanto, 23 anos de sujeição à tragédia do antibem comum no regime de competência em matéria de licenciamento ambiental no Brasil.

Ao longo desse tempo, consolidou-se o entendimento, conforme visto no item anterior, de que todos os entes tinham competência para gerir e fiscalizar o meio ambiente, bem como para aplicar sanções em caso de cometimento de infrações ambientais. Na prática, ocorria o seguinte: um empreendedor que pretendesse desenvolver atividade em determinado local procurava o órgão ambiental de uma esfera, digamos, do Município. O órgão municipal se declarava competente para licenciar aquela atividade e conduzia o processo de licenciamento, no qual o empreendedor realizava

²⁶ LC 140/2011: fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da CF/88, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção 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; e altera a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm. Último acesso em: 25 jul. 2015.

estudos, atendia às exigências e adotava medidas compensatórias. Não obstante, determinado órgão de outra esfera, que igualmente se declarava competente para licenciar aquela atividade, sancionava o empreendedor por exercer atividade sem a devida licença ambiental.

Além da enorme insegurança que a situação descrita gerava para os empreendedores, o exemplo revela que os entes das três esferas da Federação, os quais compartilham a gestão do meio ambiente, possuíam, na verdade, o direito individual de exclusão em relação ao desenvolvimento econômico-sustentável. Caso, por exemplo, o Estado discordasse do licenciamento promovido pelo Município na situação acima descrita, poderia, simplesmente, diante da ausência de regras de cooperação, declarar-se competente para aquele licenciamento, sancionar o empreendedor e inviabilizar, pelo menos temporariamente, a atividade exercida que, registre-se, já estava cumprindo todas as exigências estabelecidas pelo órgão municipal. Como consequência, havia um verdadeiro desincentivo ao desenvolvimento sustentável, princípio que deveria ser promovido por regras de licenciamento ambiental eficientes.

Com efeito, a inexistência de LC para a organização da competência comum relacionada ao meio ambiente, conforme previsão do § único do art. 23 da nossa Constituição, acabava por gerar uma verdadeira tragédia dos antibens comuns. Isso porque o desenvolvimento sustentável estava sujeito ao direito de exclusão de cada um dos entes e, por conseguinte, acabava, muitas vezes, sendo pouco promovido e pouco incentivado (ou subutilizado, nos termos da teoria proposta por Heller).

No entanto, a edição da LC 140/2011 e a recente publicação do Decreto 8.437/2015 contribuíram sobremaneira para a alteração desse cenário trágico, conforme se verá adiante.

Ganho de eficiência e efetividade com o regime jurídico introduzido pela LC 140/2011 e o Decreto 8.437/2015

A LC 140, promulgada em 8 de dezembro de 2011, fixa regras de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Município no que respeita à competência comum de gestão ambiental atribuída a esses entes pelo art. 23, VI e VII, da CF/88.

O referido diploma legal, consentâneo com o movimento que busca a integração administrativa através da instituição de pactos de cooperação,

caracteriza o que Moreira Neto²⁷ denomina de “neofederalismo brasileiro”, ou seja, um federalismo de cooperação distribuído em três graus.

Especificamente em relação ao licenciamento ambiental, a LC 140/2011 prevê critérios objetivos para a definição da competência licenciatória de cada ente. À União foi atribuído o licenciamento ambiental, nos termos do art. 7º, XIV, de empreendimentos e atividades:

Art. 7º. São ações administrativas da União:

[...]

XIV – promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999;
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento. [...].

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Aos Municípios, por sua vez, compete o licenciamento de empreendimentos e atividades: a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; e b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs), conforme previsão do art. 9º, XIV, da LC 140/2011.

No que tange aos Estados, restou, nos termos do art. 8º, XIV, da LC 140/2011, a competência residual. Isto é, são responsáveis por licenciar tudo aquilo que não compete à União ou aos Municípios:

Art. 8º. São ações administrativas dos Estados:

[...]

XIV – promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º; [...].

Como se vê, a LC 140/2011 representa um passo importante na definição da competência licenciatória ambiental – e, portanto, à luz da teoria apresentada no tópico anterior, na tentativa de evitar a tragédia dos antibens comuns. Não obstante, é apenas um primeiro passo, pois alguns critérios estabelecidos ainda padecem de regulamentação. É o caso, por exemplo, da competência dos Municípios para licenciar atividades de impacto local. Conforme prevê a LC 140/2011, o conceito de impacto local será estabelecido pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente. Nesse contexto, o exercício da competência municipal não foi totalmente delineada pela referida lei, eis que depende da adoção de tipologia por parte de cada estado.

Situação semelhante ocorria na competência federal. De acordo com o art. 7º, XIV, “h”, da LC 140/2011, a União deve promover o licenciamento de empreendimentos e atividades “que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional”. Além disso, igualmente prevê o art. 7º, § único:

Art. 7º. São ações administrativas da União:

[...]

Parágrafo único. O licenciamento dos empreendimentos cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira será de atribuição da União exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional [...].

Desse modo, parte da competência da União também não restou totalmente definida na LC 140/2011.

Esse panorama, no entanto, mudou recentemente com a publicação do Decreto 8.437/2015, que regulamenta o art. 7º, *caput*, XIV, “h”, e § único da LC 140/2011 “para estabelecer as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União”.

A lista trazida pelo decreto é bastante ampla e reflete o interesse claro da União em manter o controle do licenciamento de grande parte das atividades com potencial para causar significativo impacto ambiental. Como o art. 4º, incs. IV e V, da LC 140/2011 prevê a possibilidade de delegação de atribuições e de execução de funções administrativas de um ente federativo a outro, a amplitude da lista de atividades contida no Decreto 8.437/2015 como de competência licenciatória federal reserva à autarquia de meio ambiente o poder de delegar atribuições de licenciamento aos órgãos ambientais dos Estados com base em juízos de conveniência e discricionariedade. Fato é que a lacuna existente na LC 140/2011 foi, portanto, preenchida, reduzindo, assim, a dependência dos órgãos ambientais federais na definição de tipologias pelo Poder Executivo.

Ademais, os empreendimentos e as atividades serão licenciados ou autorizados por um único ente federativo. Os demais entes interessados em participar do processo de licenciamento poderão se manifestar no órgão responsável pela licença ou autorização, porém de maneira não vinculante. Evitar o duplo e até tríplice licenciamento/autorização ambiental garante a segurança jurídica tão necessária ao fomento de um ambiente propício à consagração do princípio do desenvolvimento sustentável insculpido no art. 170, VI, da CF/88. O licenciamento único torna o procedimento mais célere e menos custoso àquele ator que a ele está submetido. E a consequência é a geração de maiores incentivos ao

desenvolvimento econômico sustentável, antes sufocado pela tragédia dos antibens comuns existente nas regras relacionadas à competência comum ambiental.

Outra contribuição importante para a delimitação da responsabilidade licenciatória é o estabelecimento da competência supletiva, prevista no art. 15 da LC 140/2011. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo em ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental nas seguintes hipóteses:

Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

I – inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

II – inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e

III – inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

O referido diploma legal assegura, ainda, a possibilidade de fiscalização por todos os entes da Federação de empreendimentos e atividades, efetiva ou potencialmente, poluidores, no exercício do respectivo Poder de Polícia ambiental. Contudo, havendo atuação por mais de um ente, há que prevalecer o auto de infração ambiental lavrado pelo órgão que detenha a competência para o licenciamento.

Nesses termos, percebe-se que tanto a LC 140/2011 quanto o Decreto 8.437/2015 em muito contribuíram à organização e descentralização das competências licenciatórias no Direito Ambiental, reforçando as normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, evitando sobreposição de instituições e conflitos de atribuições. Colaboraram, ainda, para impedir o panorama trágico ao qual estava sujeito o desenvolvimento sustentável, tal qual relatado na tragédia dos antibens comuns.

Não obstante, a LC 140/2011 está sob a apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) por força da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.757 (ADI 4.757) ajuizada pela Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialistas em Meio Ambiente (Asibama). O argumento principal, para que seja declarada a inconstitucionalidade, é que o meio ambiente ficou mais vulnerável com o estabelecimento de competências ambientais privativas para Estados, Distrito Federal e Municípios, vez que a maioria dos entes não está preparada para exercer tais atribuições. Por outro lado, a União ficou impedida de agir já que perdeu suas atribuições com a promulgação da LC 140/2011.

A Asibama sustenta, ainda, que a atuação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) permitia à União atuar em qualquer hipótese quando a legislação ambiental não era cumprida. Após a edição da LC 140/2011, no entanto, a limitação das competências ambientais dos entes federativos dificulta a atuação da União mesmo quando os órgãos ambientais carecem de infraestrutura.

A despeito da impossibilidade de atuação da União, mesmo nas hipóteses em que o órgão ambiental de outra esfera da Federação competente para determinado licenciamento ou autorização ambiental não possua a infraestrutura necessária para o devido suporte ao processo de licenciamento, parece que a questão se resolve com a aplicação do art. 15 da LC 140/2011, que estabelece a competência supletiva da União.

Embora não mencionada na ADI 4.757, a situação que parece ter maior relevo é a possibilidade de captura dos Municípios, porquanto muito mais vulneráveis que os Estados e o Distrito Federal, haja vista a proximidade dos administrados com os órgãos ambientais. Não obstante, a descentralização pode, igualmente, apresentar efeitos positivos à atuação administrativa, como o desenvolvimento de conhecimento especializado relativo à causa e ao efeito ecológicos, consoante lembra Lazarus.²⁸ O

²⁸ Assim aduz Lazarus: “The resulting preference for decentralization of authority shares some affinities with environmental protection. There are plainly advantages to the retention of lawmaking authority with those governmental bodies closest to the natural environmental at stake. Those governmental entities are more likely to possess the relevant expertise regarding both the ecological causes and effects. They may well have had the opportunity to see the threats to the environment firsthand and thus be able to grasp the scope of the problem and anticipate how best to redress it. Local governmental officials and elected representatives are also those most accountable to people in the immediate geographic area, who are likely to have the most directly at stake in terms of the health and environmental threats and potential economic costs.” (LAZARUS, Richard J. *The making of environmental Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. p. 35).

referido autor salienta, ainda, que os governos locais estão mais comprometidos com as pessoas das suas respectivas áreas geográficas, que mais têm a perder em termos de saúde, ameaças ambientais e potenciais custos econômicos. O ponto eficiente de descentralização, contudo, não é de fácil delineamento, mas o aprofundamento dessa questão escapa ao escopo do presente ensaio.

Sem prejuízo, os possíveis obstáculos que podem surgir com a cooperação dos entes na busca da simplificação e da celeridade do licenciamento ambiental devem ser cuidadosamente mitigados de modo a evitar que os potenciais benefícios trazidos pelas regras de cooperação contidas na LC 140/2011 não sejam perdidos. A harmonização e consolidação de regras de descentralização do licenciamento municipal para empreendimentos e atividades de impacto local, a prática da delegação de atribuições e de execução de ações administrativas (art. 4º, V e VI, da LC 40/2011) e a forma de cooperação entre os órgãos de licenciamento ambiental das distintas esferas da Federação são questões a serem observadas ao longo da maturação desse novo regime legal de competência administrativa, para que uma análise mais conclusiva sobre seu real e efetivo potencial de evitar a tragédia dos antibens comuns possa ser conduzida.

Conclusão

O licenciamento ambiental brasileiro, por anos, ficou exposto a múltiplos *gestores, proprietários* do regime com poder de exclusão dos demais, para que uma decisão célere, eficaz e eficiente pudesse ser atingida (licenciar ou não). Esses múltiplos gestores, dentro de suas respectivas esferas de competência, incluíam os órgãos ambientais das diferentes esferas da Federação, Ministério Público e até o próprio Poder Judiciário dentro da sua heterogenia inerente à matéria.

A falta de parâmetros constitucionais para dar concretude à regra de cooperação dos entes insculpida no art. 23, § único, da CF/88, resultou na aplicação da criticada Resolução Conama 237/1997, cuja constitucionalidade foi altamente combatida e que, em nada, modificou o confuso panorama do licenciamento ambiental antes relatado.

A edição da LC 140/2011 e do Decreto 8.437/2015 trouxe um alento aos operadores do Direito e administrados. A esperada cooperação entre os entes federados passa a vigorar nos termos da CF/88, e a temida

equiparação do licenciamento ambiental brasileiro à teoria econômica da tragédia dos antibens comuns fica em segundo plano. Apenas a maturação desse novo regime no tempo poderá fornecer dados mais precisos sobre se, de fato, a tragédia dos antibens comuns está sendo superada. São inúmeros os obstáculos que, mesmo diante de um regime mais coerente, podem continuar sujeitando o licenciamento ambiental a múltiplos gestores com poderes de exclusão entre si.

A tragédia dos antibens comuns promove a subutilização do recurso. No caso do licenciamento ambiental, trava-o, impede que uma decisão célere, eficaz e eficiente seja tomada em benefício do meio ambiente e da sua compatibilização com a livre-iniciativa. Talvez, no inconsciente de muitos, a tragédia dos antibens comuns deva ser estimulada por não permitir o desenvolvimento. Essa é uma escolha legítima enquanto fica restrita ao necessário movimento ambientalista, mas que não se coaduna com o ordenamento jurídico-constitucional vigente e que não considera os custos sociais inerentes à subutilização provocada pela tragédia dos antibens comuns. Portanto, legítima, mas inconstitucional.

Referências

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *Da competência para o licenciamento ambiental: aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 8.437, de 22 de abril de 2015, Regulamenta o disposto no art. 7º, caput, inciso XIV, alínea “h”, e parágrafo único, da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, para estabelecer as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 76, p.. 4-5, 23 abr. 2015, Seção 1.

BRASIL. Lei Complementar 140, de 8 de dezembro de 2011, 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; e altera a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 237, p. 1-3, 9 dez. 2011, Seção 1.

BRASIL. Resolução Conama 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 247, p. 30.841-30.843, 22 dez. 1997, Seção 1.

CORRAL-VERDUGO, Victor et. al. Residential water consumption, motivation for conserving water and the continuing tragedy of the commons. *Environmental Management*, v. 30, n. 4, p. 527-535, 2002.

COSTA, Simone S. Thomazi. Introdução à economia do meio ambiente. *Análise*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 301-323, ago./dez. 2005.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FEENY, David et al. The tragedy of the commons: twenty-two years later. *Human Ecology*, v. 18, n. 1, p. 1-19, 1990; CORRAL-VERDUGO, Victor et al. Residential water consumption, motivation for conserving water and the continuing tragedy of the commons. *Environmental Management*, v. 30, n. 4, 2002.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, 13 Dec. 1968.

HELLER, Michael A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 3, jan. 1998.

KEITER, Robert. B. Ecosystems and the Law: towards an integrated approach. *Ecological Applications*, v. 8, n. 2, p. 332-341, 1998.

LAZARUS, Richard J. *The making of environmental Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

MACHADO, Luciana de Oliveira Rosa. Desflorestamento na Amazônia: ação coletiva, governança e governabilidade em área de fronteira. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 24, n. 1, jan./abr. 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. da 3. ed. norte-americana. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PADUA; Suzana Machado; SÁ, Lais Mourão. O papel da Educação Ambiental nas mudanças paradigmáticas da atualidade. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, n. 102, jan./jun. 2002.

PEREIRA; Dilma Seli Pena; JOHNSON, Rosa Maria Formiga. Descentralização da gestão dos recursos hídricos em bacias nacionais no Brasil. *Rega*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2005.

POLICARPO, Mariana Aquilante; SANTOS, Claudia Regina dos. Proposta metodológica de uma gestão integrada e participativa dos recursos naturais de uso comum: a contribuição da análise trade-off. *Revista de Estudos Ambientais*, v. 10, n. 2, jul./dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A competência constitucional legislativa em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, 2003.

SCHMITZ, Heribert; DA MOTA, Dalva Maria; SILVA JÚNIOR, Josué Francisco da. Gestão coletiva de bens comuns no extrativismo de mangaba no Nordeste do Brasil. *Ambiente e Sociedade*, Campinas, v. XII, n. 2, jul./dez. 2009.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Trad. da 8. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

WENCESLAU, Juliana et al. Políticas da terra: existe um novo discurso ambiental pós Rio+20? *Cadernos Epabe.BR*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, artigo 7, set. 2012.