



INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0282326-74.2013.8.19.0001

ARGUENTE: EGRÉGIA 15ª CAMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEGISLAÇÃO: DECRETO Nº 41.318 DO ANO DE 2008 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERESSADO 1: ABRAGET ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GERADORAS TERMELÉTRICAS

INTERESSADO 2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATOR: DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES

RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela Egrégia 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível 0282326-74.2013.8.19.0001, com vistas ao controle de constitucionalidade *incidenter tantum* do Decreto Estadual nº 41.318/2008, que dispõe sobre o Mecanismo de Compensação Energética de Térmicas a Combustíveis Fósseis a serem instaladas no Estado do Rio de Janeiro.

Na ação primitiva, a parte autora, Abraget-Associação Brasileira de Geradoras Termelétricas, sustentou, em síntese, que o Decreto nº 41.318/08, que instituiu o Mecanismo de Compensação Energética para as Usinas Termelétricas como parte do Plano de Abatimento de Emissão dos Gases de Efeito Estufa, ensejou onerosidade excessiva, capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro das usinas que trabalham com combustíveis fósseis.

Nesta esteira, invocou os seguintes argumentos: (i) que o Decreto foi expedido sem lei anterior a ser regulada, ou seja, de forma autônoma, situação não autorizada pela Constituição da República, tendo em vista a natureza da matéria regulamentada (artigo 84, da CF/88); (ii) que há reserva legal da União para legislar sobre energia, consoante previsto no artigo 22, IV, da Constituição Federal, estando patente, pois, a usurpação de competência; (iii) que, com a superveniência da Lei Federal nº 12.187/09, que instituiu a Política Nacional sobre a Mudança do Clima, visando, em especial, incentivar o desenvolvimento e o aprimoramento de ações para redução das emissões de gases de efeito estufa no Brasil, em colaboração com o esforço mundial, está suspensa a norma estadual que contraria a lei geral nacional (artigo 24, § 4º, da Constituição Federal); (iv) que há violação ao Princípio da Isonomia, uma vez que as obrigações impostas pelo Decreto 41.318/08 atingem unicamente as usinas térmicas a combustíveis fósseis; (v) que há lesão aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, limitando-se, neste aspecto, a dissertar acerca do tema, sem apontar a efetiva lesão; (vi) que o aumento do custo na



implantação do Mecanismo de Compensação Energética comprometerá o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos já firmados; e, por fim, (vii) que há transgressão ao princípio da segurança jurídica, sem que, neste ponto, também fizesse qualquer anotação específica acerca do tema tratado nos autos.

E, por fim, requereu: (i) a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito (artigo 273, I, do CPC/73), com a finalidade de suspender os efeitos do Decreto nº 41.318/08; e, (ii) ante os alegados vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade apontados, a procedência integral dos pedidos para o fim de condenar o Estado do Rio de Janeiro na obrigação de não-fazer consistente na abstenção de aplicação do Decreto nº 41.318/2008 às suas associadas, aí incluída a revogação de eventuais exigências já impostas, com a consequente declaração de inconstitucionalidade do mencionado ato, desconstituindo-se, *ex tunc*, todos e quaisquer efeitos produzidos pelo referido decreto desde a sua edição, de sorte a desobrigar as suas associadas da adoção do Mecanismo de Compensação Energética (MCE).

A sentença de piso (fls. 289/296 – Indexador 000292), sustentando: (i) não haver usurpação de competência, mas o regular exercício da atividade regulatória atribuída aos Estados, especialmente por força do previsto no artigo 145, IV, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro¹, e no artigo 23, VI, da Constituição Federal de 1988²; (ii) não haver incompatibilidade entre o ato administrativo estadual e a lei federal superveniente; (iii) não haver lesão aos Princípio da Isonomia, da Razoabilidade e da Proporcionalidade, e da Segurança Jurídica; e, (iv) que eventual onerosidade excessiva dos contratos já pactuados deve ser corrigida em ações revisionais, julgou improcedente o pedido.

O recurso de apelação de fls. 304/329 (Indexador 00307), reeditando as teses da inicial, pugna pela reforma da sentença, a fim de que seja julgado procedente o pedido.

Também inconformado, o Estado recorreu, adesivamente, pugnando pela reforma da sentença no tocante aos honorários advocatícios, com a finalidade de majorá-los (fls. 360/365 – Indexador 00354).

¹ Art. 145 – Compete privativamente ao Governador do Estado:
(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...)

² 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; (...)





A Procuradoria de Justiça opinou no sentido do desprovimento do recurso da parte autora e provimento parcial do apelo adesivo do Estado do Rio de Janeiro.

Distribuídos os recursos para a E. 15ª Câmara Cível, o Colegiado vislumbrou que, malgrado a natureza complementar dos decretos e regulamentos, conferindo à Administração Pública os meios necessários a garantir a aplicabilidade dos atos normativos primários emanados do Poder Legislativo, ao que tudo indica, o Decreto Estadual 41.318/08 ostenta feição autônoma, ou seja, extrai a sua validade da própria Constituição Federal e Estadual, na ausência de lei anterior que justifique a sua edição.

Acrescenta o aresto daquele órgão julgador que, ao contrário do que sustentou o Estado do Rio de Janeiro, as Leis Estaduais 1.356/88 e 5.101/07 não parecem fundamentar o Decreto em testilha, porque a primeira dispõe sobre os procedimentos vinculados à elaboração, análise e aprovação dos estudos de impacto ambiental; a segunda, por seu turno, trata da criação do INEA e prevê outras providências para maior eficiência na execução das políticas estaduais de meio ambiente, de recursos hídricos e florestais.

Explica a referida decisão que o ato normativo secundário criou obrigações novas, dispendiosas, não existentes em lei, inovando no mundo jurídico. Saliencia, ainda, que nos termos da doutrina mais abalizada, os denominados 'decretos autônomos' não encontram respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Ressalta o aresto, ainda, que quando um Decreto é *contra legem*, o vício deve ser corrigido pelo controle da legalidade. De outra banda, a edição de ato normativo secundário, sem lei anterior que o fundamenta, por significar em usurpação indevida da competência do Poder Legislativo, a crise é de inconstitucionalidade, devendo, portanto, ser dirimida sob esta ótica.

Diante de tais questões, em respeito ao artigo 97, da Constituição da República, foi suscitado o presente Incidente de Inconstitucionalidade a ser dirimido por este Órgão Especial (fls. 386/392 – Indexador 00386).

Foram então distribuídos os autos a este Relator, que determinou a manifestação das partes acerca da questão incidental, prejudicial à apreciação do mérito da causa.

O Estado do Rio de Janeiro apresentou as suas razões para a rejeição do Incidente às fls. 421/434 (Indexador 00421).





Sustentou, em síntese, que não há ilegalidade/inconstitucionalidade no Decreto nº 41.318/2008, uma vez que a prerrogativa para a sua edição decorre, em primeiro lugar, do art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal de 1988, que atribui aos Estados, Distrito Federal, União e Municípios, a competência comum para adotar medidas de proteção do meio ambiente. Além disso, o art. 9º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81, prevê o licenciamento como instrumento da política nacional do meio ambiente, sendo explicitada a competência estadual no art. 8º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 140/11.

Assinala que já os incisos I e II do art. 1º da Resolução CONAMA nº 237, apresentam as definições da atividade de licenciamento e da própria licença ambiental. Segundo o referido diploma, a licença é: “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor”.

Explica, nesta ordem de ideias, que, no processo de licenciamento ambiental, o poder público tem a prerrogativa de fixar medidas – denominadas condicionantes específicas – para que o empreendimento seja instalado e possa operar regularmente.

Defende que o legislador, dada sua posição institucional, não pode antecipar esses danos e tampouco reagir a eles em tempo razoável. Por isso, essa tarefa cabe à Administração Pública. Nesse sentido, a existência de uma verdadeira reserva de administração quanto ao exercício da fase do consentimento no poder de polícia ambiental já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 1505.

Anota que não pode haver controvérsia quanto à competência estadual para licenciar empreendimentos que causem significativo impacto ambiental, e, por via de consequência, da possibilidade jurídica de imposição de condicionantes para que eles possam operar regularmente.

Enfatiza, então, que tais prerrogativas, como referido, encontram fundamento de validade direto na Constituição (art. 225, *caput* e § 1º), nas leis federais (art. 9º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81 e art. 8º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 140/11) e estaduais aplicáveis (Lei nº 1.356/1988 e art. 5º, inciso I, da Lei nº 5.101/07). É nesse contexto, explica, que deve ser compreendido o Decreto estadual nº 41.318/08 e o mecanismo de compensação energética.

Pontua que não há violação à segurança jurídica, uma vez que o ato administrativo uniformiza o exercício da discricionariedade técnica; que não há violação aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, já que as usinas termelétricas que funcionam a base de combustíveis fósseis são inegavelmente mais





poluentes que as demais e, em tal contexto, o fator de discriminação adotado pelo Estado não pode ser considerado arbitrário ou caprichoso, mas encontra nexos com a realidade dos fatos; que não há usurpação de competência legislativa privativa federal, já que o Estado tem competência para o licenciamento ambiental; que não perdeu eficácia a norma impugnada pela superveniência da Lei 12.187/09.

A parte autora, em exposição abreviada (fls. 435/444 – Indexador 00435), adverte que o Decreto em testilha não se limita ao simples licenciamento. Ao revés, cria obrigação de alto custo para as usinas térmicas movidas a combustíveis fósseis localizadas no Estado do Rio de Janeiro, desprovida de qualquer fundamento legal, inovando o ordenamento jurídico.

Repele, outrossim, a alegação no sentido de que o Decreto 41.318/08 tem fundamento nas Leis Estaduais nº 1.356/88 e 5.101/07, consoante anotado pelo voto condutor que concluiu pela suscitação do presente Incidente.

Salienta, por fim, que, ainda que se entenda pela viabilidade da edição de decretos autônomos, na hipótese, não há qualquer parâmetro para a sua edição, consoante posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3100.

A douta Procuradoria de Justiça opinou no sentido do acolhimento do Incidente, forte no argumento segundo o qual o Decreto nº 41.318/08 trouxe elementos e especificidades novos, não previstos nas leis que regulam a matéria. Desta forma, na qualidade de decreto autônomo, criou exigências que não estão na lei.

Entende, ademais, que a inconstitucionalidade do ato regulamentar também se revela sob o ângulo da competência, sendo certo que, se a matéria regulada no Decreto não se esgota na questão ambiental, mas também abrange viés relativo à energia (o chamado Mecanismo de Compensação Energética deve ser implantado durante o processo de licenciamento ambiental), há usurpação da competência legislativa privativa da União (artigo 22, inciso IV, da CF/88).

É o relatório. Inclua-se em pauta.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES
Relator





INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0282326-74.2013.8.19.0001

ARGUENTE: EGRÉGIA 15ª CAMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEGISLAÇÃO: DECRETO Nº 41.318 DO ANO DE 2008 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERESSADO 1: ABRAGET ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GERADORAS TERMELÉTRICAS

INTERESSADO 2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATOR: DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO ESTADUAL Nº 41.318/08. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CONDICIONANTE. MECANISMO DE COMPENSAÇÃO ENERGÉTICA DE TÉRMICAS À BASE DE COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS. 1) O sistema colaborativo de proteção ambiental previsto na Constituição, disciplinado na Lei nº 6.938/81, e regulamentado pela Resolução 237/97 do CONAMA atribui aos diferentes entes federativos competência para conferir licenciamento ambiental em razão da localização do empreendimento, da abrangência dos impactos diretos ou em razão da matéria. 2) Cabe ao órgão licenciador estadual, com fundamento na sua discricionariedade técnica, decidir a emissão ou não da licença, bem como ainda estabelecer as medidas mitigantes dos impactos ambientais estipulados por meio de condicionantes a serem observados no processo de licenciamento. 3) Assim, o Decreto Estadual nº 41.318/2008 que fixa condicionantes para obtenção de licenciamento ambiental dirigidas especificamente a empreendimentos no setor energético à base de combustíveis fósseis no âmbito estadual constitui expressão de atividade inerente à função administrativa ambiental exercida no campo da discricionariedade técnica vocacionada à materialização das medidas protetivas do Meio



Ambiente conferida pela normatização ambiental verticalizada sob a forma de sistema complexo e ramificado de controle e proteção da qualidade ambiental encabeçado pelo CONAMA. 4) O Decreto Estadual nº 41.318/2008 não alcança os contratos em curso ao tempo da sua edição, já firmados com União em matéria de energia elétrica, nos termos do art. 21, inc. XII, “b”, da CRFB, cujo equilíbrio econômico-financeiro remanesce preservado. 5) O possível impacto sob os custos dos empreendimentos futuros no campo energético no âmbito do território fluminense em decorrência das novas condicionantes é circunstância a ser considerada na elaboração da adequada equação econômico-financeira na origem dos respectivos contratos, em prestígio ao seu equilíbrio econômico-financeiro. 6) Arguição de Inconstitucionalidade que se rejeita.

A C O R D A M os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* do Decreto Estadual nº 41.318/2008, que dispõe sobre o Mecanismo de Compensação Energética de Térmicas a Combustíveis Fósseis a ser aplicado como condicionante ao licenciamento ambiental de empreendimentos termelétricos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

No caso em exame, o órgão suscitante (E. 15ª Câmara Cível) vislumbrou possível inconstitucionalidade decorrente da aparente feição autônoma da qual se reveste o Decreto Estadual nº 41.318/2008, o qual, nesta hipótese, extrairia sua validade da própria Constituição Federal e Estadual, diante da ausência de lei anterior que justificasse a sua edição.

Como é cediço, a inconstitucionalidade de atos legislativos e administrativos decorre da sua contrariedade às normas ou aos princípios da Constituição, cuja supremacia resulta em que a eventual incompatibilidade entre as normas se resolve em favor daquela de grau mais elevado, a qual funciona como fundamento de validade da que lhe é inferior.

Daí as seguintes colocações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:





"Desse ato normativo inicial [a Constituição – nota nossa] deriva toda a ordem jurídica. Todavia, de imediato decorrem dele atos que, embora em nível inferior quanto à origem, já que estabelecidos por poder por ele canalizado, têm eficácia igual em consequência de sua própria determinação.

(...)

Do ato inicial, todavia, ainda derivam outros atos que podem ser ditos primários, porque são os que, em sua eficácia, aparecem como o primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição." ³

Sob este enfoque, consideram-se primários os atos normativos fundados diretamente no texto constitucional, ao passo que se qualificam como secundários aqueles que buscam fundamento de validade em um ato normativo primário.

Nesse prisma, merece atenção o poder normativo da Administração Pública, o qual, como é cediço, vai além do poder regulamentar e constitui apenas uma das formas de expressão do poder público. Deveras, os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.

Assim é que os atos do Poder Executivo com força normativa, tais como decretos, instruções normativas, ordens de serviço ou portarias, quando violarem diretamente a Constituição, podem ser declarados inconstitucionais.

E neste aspecto, não se desconhece que constitui exemplo de fonte secundária de direito o ato normativo secundário que encerra poder regulamentar, o qual se manifesta materialmente por meio de decreto do Chefe do Poder Executivo.

No âmbito da União, o poder regulamentar se materializa por decreto do Presidente da República, a teor do art. 84, inc. IV, da Constituição da República, e, por simetria, no âmbito estadual, por decreto do Governador do Estado, nos termos do art. 145, inc. IV, da Constituição Estadual.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 7ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. Pag. 172. Ed. 2012.





Nesse caso, o conteúdo e a amplitude do regulamento devem sempre estar definidos em lei, subordinando-se aos preceitos nela previstos, pelo que eventual extrapolação do texto conduzirá ao vício de legalidade.

Sem adentrar em discussão doutrinária quanto ao acolhimento dos regulamentos autônomos pela ordem constitucional vigente, é oportuno observar que o entendimento pretoriano prevalente, sobretudo no âmbito do E. STF, é no sentido de que somente é possível cogitar de expedição de decreto pelo Chefe do Poder Executivo visando ao regulamento de execução, vale dizer, em subordinação hierárquica à uma lei prévia, excepcionando-se apenas a hipótese do artigo 84, VI, da Constituição da República com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, apontada por respeitáveis vozes como hipótese de admissão de decreto autônomo pelo ordenamento jurídico pátrio.⁴

Outrossim, não se escapa à percepção que tal previsão não se verifica por simetria na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, a qual somente admite a expedição de decreto regulamentar pelo Governador do Estado.⁵

Entretanto, o exame atento do complexo sistema jurídico ambiental brasileiro nos permite a compreensão de que o Decreto nº 41.318/2008 editado pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro não se qualifica como ato normativo autônomo, e, portanto, não padece da inconstitucionalidade alegada.

Deveras, o Decreto Estadual nº 41.318/2008 encerra atuação estatal dirigida à mitigação dos efeitos deletérios para o meio ambiente, resultantes do crescimento da matriz energética à base de combustíveis fósseis, em resposta à conclusão de estudo encomendado à COPPE/RJ a respeito da emissão de gases de efeito estufa em território fluminense, por meio do qual se constatou que o setor de

⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...);

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**;

(...);

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

⁵ Art. 145 - Compete privativamente ao Governador do Estado:

I - nomear e exonerar os Secretários de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual, **na forma da lei**;

(...);



energia, notadamente as usinas termelétricas movidas a combustíveis fosseis – gás natural, óleo combustível e carvão – contribuem significativamente para o estoque dos referidos gases acumulados na atmosfera.

Eis o teor do art. 1º do referido Decreto:

“Fica instituído o Mecanismo de Compensação Energética(MCE), como parte do Plano de Abatimento de Emissão dos Gases de Efeito Estufa, para combater o aquecimento global e reforçar a oferta energética no Estado do Rio de Janeiro.”

É de conhecimento comum que a preocupação com a crise do Setor Energético Brasileiro rendeu ensejo à edição da Lei Federal nº 10.848/2004, a qual, dentre outras providências, prevê a expansão e comercialização da oferta de energia elétrica por meio de novos empreendimentos de geração contratados por meio dos leilões da ANEEL.

Deste modo, como consequência da necessária expansão da matriz energética no país, atividade essa que impacta o meio ambiente, exsurge a preocupação por parte do Poder Público de criar mecanismos aptos à mitigação dos efeitos danosos decorrentes de empreendimentos deste jaez.

Sob este enfoque, a Administração Pública(Direta e Indireta) tem o dever constitucional não só de exercer o poder de polícia ambiental, como também de estabelecer instrumentos de gestão ambiental.

Neste particular, estabelece o art. 225 da Constituição da República que:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Por outro lado, não é assaz recordar que o art. 23 da Constituição da República dispõe que a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas constitui matéria de competência comum dos entes federativos, *ex vi* do art. 23, inc. II, da CRFB:

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;

Portanto, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm o comum dever/poder de proteger o meio ambiente.

Também a competência legislativa em matéria ambiental é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, conforme o disposto no art. 24 da Constituição da República:

art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...);

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.





§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

De acordo com os parâmetros constitucionais, como regra, cabe à União estabelecer normas gerais, ou seja, fixar parâmetros mínimos de proteção ao meio ambiente, os quais deverão ser observados pelos demais entes federativos, ao passo que aos Estados e ao Distrito Federal, incumbe legislar suplementarmente, adaptando as normas jurídicas às peculiaridades regionais. Porém, não havendo edição de norma em caráter geral pela União, podem os estados fazê-lo, até que sobrevenha norma federal, suspendendo sua eficácia naquilo que lhe for contrário. Há, pois, nítida estrutura vertical.

Situação diversa, porém, ocorre com a competência material (administrativa / implementadora) para tratar de assuntos ambientais, a qual diz respeito ao exercício da função administrativa. Isto porque a competência administrativa ambiental, também denominada de cumulativa ou paralela, constitui campo de atuação comum dos diversos entes federativos, sem que o exercício de um venha a excluir a competência do outro.

Assim é que o legislador constituinte optou por conferir tratamento diferenciado entre as competências legislativa e material: enquanto a competência legislativa observa a verticalização, a competência material, ao revés, adotou a horizontalidade na proteção ao meio ambiente.

Isto significa dizer que, para exercer o poder de polícia na realização de atos materiais (licenciamento, fiscalização, sanções administrativas, etc), todos os entes políticos possuem abstratamente competência, vale dizer, comum, para atuar.

E neste aspecto, muito se debate a respeito da definição do papel de cada ente federativo, tema este que é de fundamental importância para a eficácia das normas de proteção ambiental, mormente considerando que a ausência de critérios claros na definição das competências vem trazendo conflitos na aplicação dos instrumentos da gestão ambiental, como a sobreposição de ações de entes federados ou mesmo a omissão destes no cumprimento de seus deveres constitucionais de proteção ao meio ambiente.

No âmbito da ação positiva de defesa e preservação, por exemplo, merece destaque a licença ambiental, a qual possui feição distinta das licenças comuns, sobretudo no que concerne à fixação de condicionantes em conformidade com o interesse ambiental em enfoque, e ostenta certa margem de discricionariedade e conceitos abertos ligados a outras ciências.





Com efeito, trata-se de campo fértil para constante conflito entre os entes federados a repartição da competência material para o licenciamento ambiental, mostrando-se oscilante a jurisprudência neste aspecto, ora adotando o critério da dominialidade do bem, ora o da extensão do dano, embora se possa apontar como predominante o entendimento doutrinário e jurisprudencial pela prevalência do critério da extensão do dano ou impacto ambiental.

Apenas a título de ilustração, vale mencionar que o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a possibilidade de duplicidade de licenciamento quando o bem ambiental se revelar ubíquo.⁶

Nada obstante, o que ora nos interessa estabelecer é se, no exercício da sua competência para promover o licenciamento ambiental, o Estado do Rio de Janeiro detém competência material para praticar atos tendentes à proteção do meio ambiente por meio de fixação de condicionantes, as quais, de uma forma geral, consistem em medidas estipuladas pelo órgão responsável pelo procedimento licenciador objetivando a delimitação, com lastro em estudos fundamentados, da intensidade das medidas a serem cumpridas, e de ações definidas como mitigatórias, as quais, assim como as condicionantes, se destinam diminuir, evitar, prevenir ou compensar o impacto ambiental resultante do funcionamento/instalação da atividade licenciada.

Indaga-se, então, a quem compete a definição das condicionantes e das medidas mitigatórias exigíveis para a obtenção de licenciamento ambiental no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, considerando que a análise relacionada aos impactos ambientais é de responsabilidade do órgão que, como regra, é competente para emitir licenças ambientais.

Pois bem.

O sistema colaborativo de proteção ambiental idealizado pelo constituinte veio à lume através da Lei nº 6.938/81, editada com fundamento no art. 225, inc. IV, da CRFB/88, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, cujo ANEXO VIII elenca entre as atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais, sob o código 17, a produção de energia termoelétrica, classificada como de medio Pp/gu - Potencial de Poluição por Grau de Utilização(de recursos ambientais).

Note-se que o art. 9º da referida Lei estabelece instrumentos administrativos vocacionados à implementação da política nacional de meio ambiente.⁷

⁶ (STJ, 1ª Turmam REsp 588.022/SC, rel. Min. José Delgado, DJ 5-4-20040



É imperioso ainda notar que a Lei nº 6.938/81, em seu art. 10, já atribuía ao órgão ambiental estadual a competência para conceder o licenciamento prévio no tocante a atividades capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.⁸

E visando à sistematização dessa atividade colaborativa, o art. 6º do referido diploma legal (Lei nº 6.938/81) criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, cuja estrutura é integrada por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e pelas Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, do qual constitui órgão consultivo e deliberativo o CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), relegando-se aos órgãos seccionais a execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental.

Deveras, dispõe expressamente a Lei Federal nº 6.938/81, em seu art. 6º, que os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Por outro lado, ao regulamentar a Lei nº 6.938/81, o Decreto Federal nº 99.274, de 6 de junho de 1990, além de instituir o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), dispõe sobre licenciamento ambiental, fixando critérios gerais a serem adotados no licenciamento de atividades utilizadoras de recursos ambientais e potencialmente poluidoras, sem destituir o poder dos estados de modificá-los, desde que para adotar padrões que impliquem em maior proteção ao meio ambiente.⁹

É digno de nota que, tanto a Lei 6.938/81, em seu art. 8º, inc. I, quanto o Decreto 99.274/90, no art. 7º, inc. I, atribuem ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA a competência para estabelecer normas e critérios para o licenciamento

⁷ Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:
(...);

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

⁸ Art 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, **dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente**, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

⁹ Art. 18. O **órgão estadual** do meio ambiente e o Ibama, este em caráter supletivo, sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, **determinarão, sempre que necessário, a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas ou efluentes líquidos e os resíduos sólidos nas condições e limites estipulados no licenciamento concedido.**





de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, o qual, por seu turno, através da Resolução 237/97, instituiu um sistema de licenciamento ambiental em que as competências para licenciar são atribuídas aos diferentes entes federativos em razão da localização do empreendimento, da abrangência dos impactos diretos ou em razão da matéria, definindo o licenciamento ambiental como sendo o “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”.

Ou seja, “pode ocorrer que a licença ambiental tenha o regime jurídico similar ou idêntico ao da autorização administrativista, em razão da possibilidade de alteração ulterior do interesse ambiental, da certa margem de discricionariedade e da presença constante de conceitos abertos na legislação ambiental (conceitos jurídicos e ajurídicos indeterminados), muitos ligados a outras ciências (como não poderia deixar de ser, dado o caráter multidisciplinar do Direito Ambiental), a exemplo da biologia, engenharia florestal e oceanografia, fato que obriga o profissional do Direito que atue na área ambiental a ter noções básicas dos outros campos, quando não for imprescindível a assessoria técnica de um profissional da área afim.”¹⁰

Não se deve ainda olvidar que, segundo o art. 65 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, “no exercício de sua autonomia, o Estado editará leis, expedirá decretos, praticará atos e adotará medidas pertinentes aos seus interesses, às necessidades da administração e ao bem-estar do seu povo.”

É curial, portanto, reforçar que a fixação de condicionantes ambientais não constitui matéria afeta à lei, sendo seu tratamento relegado à atuação discricionária do Poder Executivo.

E neste particular, repare que no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a referida estrutura é encabeçada pelo INEA (Instituto Estadual do Ambiente), autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Ambiente e criada pela Lei Estadual nº 5.101/2007, tendo por autoridade superior o Chefe do Poder Executivo Estadual, para integrar o SISNAMA, com a função de executar as políticas estaduais do meio ambiente, consoante se infere do art. 5º do referido diploma legal:

Art. 5º - Ao Instituto compete implementar, em sua esfera de atribuições, a política estadual de meio

¹⁰ AMADO Frederico, *Direito Ambiental esquematizado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2ª ed., 2014, p. 164.





ambiente e de recursos hídricos fixada pelos órgãos competentes, em especial:

I – conduzir os processos de licenciamento ambiental de competência estadual e expedir as respectivas licenças, determinando a realização e aprovando os estudos prévios de impacto ambiental, observado o disposto no §1º deste artigo;

Tal estrutura, vinculada ao Chefe do Poder Executivo Estadual, é coordenada pela Secretaria do Estado do Ambiente (SEA) e formada por diversos órgãos aos quais compete, entre outras atribuições, baixar normas ambientais e outros atos complementares necessários ao funcionamento do licenciamento ambiental.

Nesse panorama, é possível compreender que a análise relacionada aos impactos ambientais e o estabelecimento das condicionantes para o licenciamento ambiental são de responsabilidade do órgão emitente da licença, este vinculado à Secretaria de Estado do Ambiente, a qual, por seu turno, é subordinado ao Governador do Estado.

A propósito, merece destaque o disposto no art. 148 da Constituição Estadual, *in verbis*:

Art. 148 - Os Secretários de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único - Compete ao Secretário de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração estadual na área de sua competência **e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador;**

Ainda que assim não o fosse, é relevante notar que a peculiar complexidade da atividade técnica exigida da Administração Pública em matéria ambiental envolve, como visto alhures, a transferência do tratamento de uma gama de matérias para a esfera da discricionariedade técnica conferida pela normatização ambiental ao ente público, dentre as quais o estabelecimento de condicionantes, o



que torna o conteúdo do Decreto Estadual nº 41.318/2008 distinto do regulamento tradicional.

Conforme lembra José dos Santos Carvalho Filho:¹¹

“Modernamente, contudo, em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da deslegalização, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (domaine de la loi) para o domínio de ato regulamentar (domaine de l’ordonnance).

O fundamento não é difícil de conceber: incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos.

Não obstante, é importante ressaltar que referida delegação não é completa e integral. Ao contrário, sujeita-se a limites. Ao exercê-la, o legislador reserva para si a competência para o regramento básico, calcado nos critérios políticos e administrativos, transferindo tão somente a competência para a regulamentação técnica mediante parâmetros previamente enunciados na lei. É o que no Direito americano se denomina delegação com parâmetros (delegation with standards). Daí poder afirmar-se que a delegação só pode conter a discricionariedade técnica.”

Seja como for, da análise vertical do complexo e ramificado sistema de controle e proteção da qualidade ambiental encabeçado pelo CONAMA, não só em termos de normatização, mas também no que concerne à materialização das medidas protetivas do Meio Ambiente, é possível compreender que o Decreto Estadual nº 41.318/2008 não invadiu reserva de lei, vale dizer, não inovou a ordem jurídica, mas

¹¹ CARVALHO FILHO José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S/A, 28ª ed., 2014, p. 59.



apenas se apresenta como expressão da atividade inerente à função administrativa ambiental exercida no campo da discricionariedade técnica que lhe é conferida pela normatização ambiental.

De fato, o Decreto em questão fixa condicionantes e mitigantes para obtenção de licenciamento ambiental dirigidos especificamente a empreendimentos no setor energético à base de combustíveis fósseis no âmbito estadual, sendo, portanto, destituído de densidade normativa apta a lhe conferir contornos de ato normativo autônomo, sobretudo porque, como visto, a tecnicidade de seu conteúdo não envolve matéria afetada à reserva de lei, mas sim a atos administrativos dotados de certa margem de discricionariedade técnica emanados de órgãos ambientais dirigidos a sujeitos específicos, desprovidos da generalidade típica das normas, razão pela qual não busca seu fundamento de validade, nem mesmo diretamente, na Constituição da República.

Diante deste cenário, é possível concluir que o Decreto nº 41.318/2008, editado pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, espelha, no máximo, insubordinação executiva à normatização estadual que dispõe sobre a competência administrativa para a fixação de condicionantes para o licenciamento ambiental no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Vale a observação de que tampouco o aludido Decreto se incompatibiliza com a Lei nº 12.187/2009, a qual lhe é posterior e encerra norma de caráter genérico, programático e que, além disso, não trata do procedimento de licenciamento ambiental.

Registre-se, outrossim, que o Decreto Executivo ora atacado não se mostra contrário nem mesmo à Constituição Estadual, a qual, ao tratar da matéria ambiental em seu Capítulo VIII (arts. 261 a 282), dispõe de forma acanhada a respeito de licenciamento ambiental, nos seguintes termos:

Art. 261 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se a todos, e em especial ao Poder Público, o dever de defendê-lo, zelar por sua recuperação e proteção, em benefício das gerações atuais e futuras.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe **ao Poder Público**:

(...);





X - condicionar, na forma da lei, a implantação de instalações ou atividades, efetiva ou potencialmente causadoras de alterações significativas do meio ambiente à prévia elaboração de estudo de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

Portanto, embora nascido sob a roupagem de decreto, forma através da qual o Chefe do Poder Executivo exterioriza a sua manifestação de vontade, o referido ato, na verdade, é dotado conteúdo técnico e orientado à preservação do meio ambiente, e resultou de processo administrativo baseado em estudo técnico e instaurado no âmbito da Secretaria do Meio Ambiente, órgão este subordinado ao Chefe do Poder Executivo Estadual, pelo que não se qualifica como decreto normativo autônomo - o qual, como visto alhures, se caracteriza como espécie do gênero decreto executivo que dispõe sobre assuntos ainda não disciplinados pelo legislador, de caráter geral e abstrato.

Sobreleva, por derradeiro, advertir que a fixação de mecanismos de compensação como medida mitigadora ou condicionante da concessão de licenciamento ambiental, nos moldes previstos no aludido Decreto Estadual, não alcança os contratos em curso ao tempo da sua edição, vale dizer, não impõe modificação aos contratos de concessão já firmados com União em matéria de energia elétrica, nos termos do art. 21, inc. XII, "b", da CRFB, cujo equilíbrio econômico-financeiro remanesce preservado.

Por outro lado, o possível impacto sob os custos dos empreendimentos futuros no campo energético no âmbito do território fluminense em decorrência das novas condicionantes é circunstância a ser considerada na elaboração da adequada equação econômico-financeira na origem dos respectivos contratos, em prestígio ao seu equilíbrio econômico-financeiro.

Ante o exposto, voto no sentido de se rejeitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES
Relator

