



A COMPETÊNCIA PARA DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL DE EMPREENDIMENTO PARA FINS DE OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO DE BIOMA MATA ATLÂNTICA

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

Resumo

O artigo tem como objetivo uma tentativa de definição da autoridade competente para declaração de interesse social para fins de obtenção de licença para supressão de vegetação de bioma mata atlântica. Defende-se que o Ministro setorial é quem detém a referida competência. Argumenta-se no sentido de que não se pode presumir competência da Presidência da República.

Palavras-chave

Licenciamento ambiental. Competência. Bioma Mata Atlântica.

THE COMPETENCE TO DECLARE SOCIAL INTEREST OF AN ENTERPRISE TO THE PURPOSE OF OBTAINING A LICENSE TO SUPPRESS THE ATLANTIC FOREST BIOMA VEGETATION

Abstract

The paper argues in favor of a sectorial Secretary as opposed to the authority of the President of the Republic as for the competent authority for declaring social importance regarding the suppression of Atlantic Forest Biome. It also argues for the impossibility of any presumption regarding the scope of the competences related to the President of the Republic.

Keywords

Environmental License. Competent authority. Atlantic Forest Biome.

1. INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

No contexto dos empreendimentos portuários privados que se pretenda desenvolver em regiões de Bioma Mata Atlântica, e que tenham como

* Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Consultor da União. As opiniões aqui expressas são do autor, e não do órgão no qual atua.

resultado a supressão de vegetação primária e secundária, especialmente no estágio avançado de regeneração, a autorização para o referido empreendimento deve ser precedida de uma *declaração de utilidade pública*. É o que dispõe a Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. E também, no mesmo conjunto de problemas, a supressão de vegetação primária e secundária em estágio médio de regeneração, deverá ser precedida de declaração de utilidade pública e de interesse social.

Esta disposição legal radica no sistema constitucional-ambiental disposto no art. 225 da Constituição Federal¹, cujo sentido principiológico, relativo ao *direito fundamental à qualidade do meio ambiente*², centra-se nos vetores da ubiquidade³, do equilíbrio⁴ e da precaução⁵, com fundamento na responsabilidade, de todo o Poder Público⁶, e da coletividade⁷. A questão toca no problema da *sustentabilidade*⁸, tema recorrente no discurso desenvolvimentista contemporâneo, temperado pelas cautelas devidas para com a proteção do meio ambiente⁹.

O objetivo inicial do interessado no investimento é a caracterização de determinado empreendimento como de utilidade pública, assim declarado pelo Poder Público, como antecedente a desdobramento de procedimento administrativo que pode resultar em autorização para supressão de vegetação. É da essência do procedimento o necessário Estudo Prévio de Impacto Ambiental-EIA.

Isto é, pode-se negar eventual autorização para supressão de vegetação, na hipótese de que o EIA assim o entenda. De tal modo, insista-se, de nada vale a declaração de utilidade pública em face de inexistência de autorização do EIA. O problema todo consiste em se definir a qual autoridade compete a

¹ 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.

² Cf. Silva, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 58-70.

³ Cf. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco, Morita, Dione Mari e Ferreira, Paulo, **Licenciamento Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 54 e ss.

⁴ Cf. Sirvinskas, Luís Paulo de, **Manual de Direito Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

⁵ Cf. Antunes, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 35 e ss.

⁶ Como se explorará ao longo do presente parecer, poder público é locução que remete o intérprete à Administração Pública, em seu sentido mais amplo e abrangente, a propósito do que se colhe na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁷ Circunstância que exige articulação entre vários saberes e disciplinas, no sentido de que se obtenha uma articulação de processos ecológicos, tecnológicos e culturais. Trata-se do conceito de ecotecnologia. Cf. Leff, Henrique, **Epistemologia Ambiental**, São Paulo: Cortez, 2002, pp. 86 e ss. Tradução de Sandra Valenzuela.

⁸ Cf., por todos, Freitas, Juarez, **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**, Belo Horizonte: Forum, 2012.

⁹ Sustentabilidade, enquanto critério fundamental para a gestão do meio ambiente, é tema de Milaré, Édís, **Direito do Ambiente- A Gestão Ambiental em Foco- Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 61 e ss.

confecção e a entrega das mencionadas declarações: afinal, a competência é do Chefe do Executivo Federal (Presidente da República) ou do Ministro Setorial? É o tema do presente ensaio.

É do que trato as observações que seguem, e que apontam para competência ministerial, setorial, e não presidencial, forte nos argumentos de especialidade de lei, e de diferenças ontológicas expressivas entre declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação e declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, entre outros.

A solução que vai se apontar é jurídica e, nesse sentido, não se sabe se atende à dinâmica da política, bem como à opinião pública¹⁰. São esses os contornos do problema que o presente artigo enfrenta. É referencial hermenêutico central nas reflexões vindouras a necessidade de realização do EIA, o que se configura também como mais um argumento vigoroso para se afastar do Chefe do Poder Executivo a competência para declaração de utilidade pública, no caso aqui tratado.

2. A PRETENZA APLICAÇÃO DO *NOVO* CÓDIGO FLORESTAL, REGRA GERAL, NA EXISTÊNCIA DE REGRA ESPECIAL, COM OBJETIVO DE PROTEÇÃO DO BIOMA DA MATA ATLÂNTICA

O *Novo* Código Florestal, Lei nº 12. 651, de 2012, explicita o que se deve entender por *utilidade pública*, com modificação, comparado com o *Velho* Código Florestal, Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. São de utilidade pública as atividades de segurança nacional e de proteção sanitária, tanto no Código *Novo* (art. 3º, VII, a), como no Código *Velho* (art. 1º, § 2º, IV, a).

O Código *Velho* definia como de utilidade pública as obras *essenciais* de infraestrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia e aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão (art. 1º, § 2º, IV, b). O Código *Novo* (art. 3º, VII, b) define como obras de infraestrutura (não utiliza mais o advérbio *essencial*) as destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem

¹⁰ Em tema de influência da opinião pública na concepção de decisões jurídicas, conferir, por todos, Zagrebelsky, Gustavo, **A crucificação e a democracia**, São Paulo: Saraiva, 2011. Tradução de Monica de Sanctis Viana. Especialmente, p. 135: Para a democracia crítica, nada é mais insensato que a divinização do povo expressa pela máxima *Vox populi, Vox dei*, uma verdadeira forma de idolatria política. Essa grosseira teologia democrática condiz com as concepções triunfais e acriticas do poder do povo, as quais, como já vimos, sã apenas adulações interesseiras.

como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho.

Houve, como se percebe, amplo alargamento do conceito, afinando-o com política de desenvolvimento sustentável, que é resultado de programa de Governo. Perceba-se, que antes se tratava de *serviços públicos de transporte*, e tem-se presentemente uma ampliação conceitual também para *sistema viário*.

Este último conceito remete-nos ao *Sistema Nacional de Viação-SNV*, que é constituído pela infraestrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos exatos termos do art. 2º da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

De onde se desdobra um *Sistema Federal de Viação-SFV*, sob jurisdição da União, [que] abrange a malha arterial básica do Sistema Nacional de Viação, formada por eixos e terminais relevantes do ponto de vista da demanda de transporte, da integração nacional e das conexões internacionais, também nos exatos termos do art. 3º da referida Lei nº 10.233, de 2001.

Este último compreende os elementos físicos da infraestrutura viária existente e planejada, definidos pela legislação vigente, na regra do parágrafo único do artigo aqui citado. Não se pode negar que um porto seja um terminal relevante, isto é, elemento físico de infraestrutura viária.

Ainda que, num contexto fático, a atribuição dessa definição seja das autoridades reguladoras setoriais, a exemplo da ANTAQ, ou das autoridades formuladoras e gestoras de políticas, a exemplo da Secretaria de Portos da Presidência da República. São as autoridades setoriais que declaram, quanto ao empreendimento avaliado, o que seja *transporte público, infraestrutura*, e tudo o que mais lhes compete.

No Código Velho (art. 1º, § 2º, IV, c) eram também de utilidade pública as demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA.

No Código Novo também se inseriam atividades e obras de defesa civil (art. 3º, VII, c), as que comprovadamente proporcionem melhorias na proteção das funções ambientais referidas a áreas de preservação permanente (art. 3º, VII, c, com referência ao inciso II do mesmo artigo), bem como *outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal* (art. 3º, VII, e).

O ato do chefe do Poder Executivo federal ao qual se refere à letra e, do inciso VII, do art. 3º do Novo Código Florestal é ato relativo à definição de atividades similares àquelas já elencadas no corpo do inciso VII. Isto é, não se

trata de ato regulatório correspondente a *cada um dos empreendimentos* que se pretende licenciar. Trata-se tão somente, de reserva de sentido e de competência que a lei confere ao chefe do Executivo, no sentido de ampliar categorias que a lei originariamente não alcançou. E se forem necessárias.

É essa a única interpretação que tonifica a autoridade presidencial, e que atende ao conteúdo da lei, no lastro conceitual da tradição presidencialista, que remonta à defesa do modelo constitucional norte-americano de 1787, como se lê em Alexander Hamilton, John Jay e James Madison¹¹.

Para os *founding fathers* do modelo presidencialista norte-americano, *a energia do Poder Executivo consiste na sua duração, na sua unidade, na suficiente extensão de seus poderes, nos meios de prover as suas despesas e as suas necessidades; e a segurança do governo republicano funda-se na responsabilidade dos funcionários e na influência razoável das vontades do povo*¹².

Na tradição clássica presidencialista norte-americana ao presidente o modelo outorga um poder geral de fixar regras de amplitude institucional, as *ordens executivas- executive orders*¹³, que permitem ao chefe do executivo um amplo controle sobre a realização de políticas públicas, no que se refere a seus elementos constitutivos gerais¹⁴.

Entre nós, a atividade legislativa do Executivo, em seu âmbito normativo direto, a par das medidas provisórias¹⁵, dá-se por meio de atividade denominada de secundária, e que se desdobra nos regulamentos autônomos, nos regulamentos independentes, nos regulamentos de necessidade e nos regulamentos de execução¹⁶.

O ato do chefe do Executivo federal remete-nos ao regulamento, isto é, a um *ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente)*¹⁷.

¹¹ Hamilton, Alexander, Madison, James, e Jay, John, **O Federalista**, Belo Horizonte: Líder, 2003. Tradução de Hiltomar Martins Oliveria. (pp. 405 e ss.).

¹² Hamilton, Alexander, Madison, James, e Jay, John, cit. p. 419.

¹³ Cf., por todos, Howell, William G., **Power Without Persuasion- The Politics of Direct Presidential Action**, Princeton: Princeton University Press, 2003.

¹⁴ Cf. Warber, Adam L., **Executive Orders and the Modern Presidency**, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2006.

¹⁵ Nesse tema, conferir, por todos, Amaral Júnior, José Levi, **Medida Provisória: Edição e Conversão em Lei- Teoria e Prática**, São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁶ Cf., por todos, Clève, Clémerson Merlin, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, São Paulo: RT, 1993. (pp. 215 e ss.).

¹⁷ Meirelles, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 130. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

A disposição à qual refere a letra *e*, do inciso VII, do art. 3º do *Novo Código Florestal* é relativa ao provimento de situações não disciplinadas em lei (*casos similares*) e não à fiel execução do comando contido na lei que se deve aplicar.

De tal modo, a referida competência insere-se no contexto de indicação de *casos similares* que seriam alcançados pelo conteúdo relativamente aberto de utilidade pública e não, como se poderia apressadamente concluir, à competência para decretar de utilidade pública um determinado empreendimento, para fins de licenciamento para autorização de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

E ainda que assim não fosse, haveria uma antinomia entre as disposições acima indicadas do *Novo Código Florestal* e lei específica da Lei nº 11.428, de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. E mesmo assim o conflito seria apenas aparente, porquanto o *Novo Código Florestal* não alterou a Lei da Mata Atlântica, nesse pormenor.

Quanto ao conceito de utilidade pública, a Lei nº 11.428, de 2006, *considera para seus próprios efeitos* (ou, na linguagem aqui copiada, *consideram-se para os efeitos desta Lei* - art. 3º, *caput*): a) atividades de segurança nacional e proteção sanitária; b) as obras essenciais de infraestrutura de interesse nacional destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia, *declaradas pelo poder público federal ou dos estados*.

Há mais de um conceito de *utilidade pública*, no repertório da legislação ambiental brasileira. Um deles, de lei específica, demandaria declaração feita pelo poder público federal. O outro deles, que decorre de lei geral, não identifica competência nenhuma para sua fixação, evidentemente porque já explicitada em lei específica. Haveria também um terceiro, que demandaria *ato do chefe do Poder Executivo federal*, ainda que para definir *atividades similares*, e não autorizar diretamente algum empreendimento.

Ambas as leis, a específica e a geral, detêm a mesma natureza hierárquica. São duas leis ordinárias. Uma delas, a específica, é anterior à lei geral¹⁸. Tem-se conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico.

Não se tem aqui, em nenhum momento, conflito de critérios hierárquicos. Como deve proceder o intérprete?¹⁹ Afinal, *só o folclore justifica a crença na*

¹⁸ Conferir, entre outros, França, R. Limongi, *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 73 e ss.

¹⁹ Seminal a observação, perfeita para o caso aqui estudado, de Carlos Maximiliano, para quem: Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-las até a evidência. Supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimiram o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança. De sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; todas as expressões se combinem e se harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em

*tese de que uma lei, se redigida com clareza, é inquestionável e pode ser aplicada segundo seu propósito a um caso específico. Feliz ou infelizmente, a ambiguidade é inevitável tanto nas leis e na constituição quanto no direito jurisprudencial*²⁰.

Busca-se unidade jurídica que também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem²¹. Nesse sentido, busca-se lição clássica da filosofia analítica do direito, e socorre-se da autoridade de Norberto Bobbio, para quem:

Conflito entre o critério de especialidade e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério de especialidade, dá-se a preponderância à primeira norma, aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência a segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio *Lex posterior derogat priori*: esse princípio falha, não só quando a *lex posterior* é inferior, mas também quando é *generalis* (e a *lex prior* é *specialis*). Essa regra, por outro lado, deve ser tomada com uma certa cautela, e tem um valor menos decisivo que o da regra anterior. Dir-se-ia que a *lex specialis* é menos forte que a *lex superior*, e que, portanto, a sua vitória sobre a *lex posterior* é mais contrastada. Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística²².

A casuística, à qual se refere Norberto Bobbio, pode ser no presente exemplo exuberantemente exemplificada. O que se tem é lei geral, que não se revela como lei superior, contrastada a lei específica, e à lei geral equiparada. Assim, se ato do chefe do Executivo federal fosse necessário para definição de

repositório, lei, tratado ou sistema jurídico. Não raro, à primeira vista, duas expressões se contradizem; porém, se as examinarmos atentamente (*subtili animo*), descobrimos o nexó oculto que as concilia; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas. Sempre que se descobre uma contradição, deve o hermenêuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe preliminarmente fazer tentativa para harmonizar os textos; a este esforço ou arte os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, denominavam- Terapêutica Jurídica. Maximiliano, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 146.

²⁰ Levi, Edward H., **Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico**, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 9. Tradução de Eneida Vieira Santos.

²¹ Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228. Tradução de João Baptista Machado.

²² Bobbio, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: Editora da UnB, 1999, p. 108. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

utilidade pública, o seria para os casos gerais do *novo código florestal*, e ainda assim, para definição de *atividades similares*.

A definição de *utilidade pública*, para os efeitos da lei da mata atlântica, é aquela declarada por ato do poder público federal. Tal conclusão, no entanto, é de todo desnecessária, porquanto o próprio *Novo Código Florestal* dispôs que alterou apenas um artigo da Lei da Mata Atlântica. Não se deve insistir nesse ponto. Deve-se entender mais a frente o que significa *poder público federal*.

O poder público federal se traduz, também, na dinâmica do poder executivo. E ainda, *a Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta. Assim, inúmeras vezes, em consequência da necessidade de uma atuação administrativa, suscitada por lei dependente de ulteriores especificações, o Executivo é posto na contingência de expedir normas a ela complementares*²³.

Necessária a articulação e a movimentação entre vários órgãos, para que o poder público possa com eficiência atender as demandas sociais que há, resolvendo impasses da vida real. Não fica a Administração, no entanto, circunscrita a baixar regulamentos, o tempo todo. É que [...] *a atividade normativa secundária do Executivo não se resume à edição de regulamentos. Na verdade, há uma gama intensa de atos normativos editados pelas autoridades que integram a Administração Pública, a começar pelas instruções editadas pelos Ministros de Estado e, mais, as circulares, os regimentos, os estatutos, as ordens de serviço, etc.*²⁴ Há amplo conjunto de atuações do poder público, como se verá em seguida, que não dependem de obsessão com regulamento baixado pelo Presidente da República, por via de decreto, como se verá em seguida.

Conclua-se, antes, que dissenso entre regra específica da lei de proteção à vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e regra geral do *novo código florestal*, ainda que esta última seja superveniente, e porque ambas do mesmo nível hierárquico, resolve-se em favor daquela primeira: *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*.

Trata-se da solução que vem matizada pela autoridade de Norberto Bobbio. Mas que o momento dispensa, por força de norma esclarecedora, do *Novo Código Florestal*, como já indicado.

É que, por disposição expressa deste último, *Novo Código Florestal*, revogam-se, tão somente, as Leis nº 4.771, de 1965 (o *Velho Código Florestal*) e a Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1989 (que estabelecia medidas para proteção das

²³ Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 345.

²⁴ Clève, Clèmerson Merlin, cit., p. 216.

florestas existentes nas nascentes dos rios, a par de outras providências), a par de algumas outras alterações, que não atingem ao núcleo duro da Lei da Mata Atlântica. Não se revogou esta última. E também, como se verá, não se revogou a lei definidora das competências da ANTAQ.

Nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 95, de 26 de janeiro de 1998, na redação da Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001, a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

Há apenas disposição para revogação de um dos artigos Lei da Mata Atlântica. Se intenção inequívoca do legislador houvesse, no sentido de substituir declaração de utilidade pública, por parte do poder público federal, por declaração de utilidade pública, pelo Presidente da República, para os fins de proteção de mata atlântica, a revogação deveria ser expressa.

3. A PRETENZA APLICAÇÃO DO *NOVO* CÓDIGO FLORESTAL, REGRA GERAL, NA EXISTÊNCIA DE REGRA ESPECIAL, QUE DISPÕE SOBRE A REESTRUTURAÇÃO DOS TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Há também lei específica, que dispõe, entre outros, sobre a reestruturação dos transportes aquaviários, lei nº 10.233, de 2001, no particular que aqui se busca, alterada pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007, e que resultou da conversão da Medida Provisória nº 368, de 4 de maio de 2007.

Dispõe a lei nº 10.233, de 2001 (na reação dada pela Lei nº 11.518, de 2007) que cabe à ANTAQ autorizar projetos e investimentos no âmbito de outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública. É função técnica, a ser protagonizada por técnicos.

Com fundamento em *topoi* (lugar-comum) da argumentação jurídica que nos dá conta de que a lei não utiliza palavras inúteis, *verba cum effectu sunt accipienda*²⁵, pergunta-se, então, para que deve a ANTAQ encaminhar ao Secretário Especial de Portos ou ao Ministro dos Transportes, as propostas de utilidade pública, se a esta Secretaria não haveria competência para apreciar a utilidade pública do empreendimento, declarando-a, como já o fez.

Pretendesse o legislador que o Secretário Especial de Portos ou o Ministro dos Transportes fossem meros contínuos que apenas reencaminhassem papéis ao Chefe do Executivo, assim o teria feito explicitamente, mediante a inserção de uma vírgula, e de um subseqüente complemento: *que as encaminhará ao Chefe do Executivo, a quem compete a confecção da declaração, por intermédio de decreto.*

²⁵ Maximiliano, Carlos, cit., p. 262.

Não se fez assim. Porque não é assim que deveria ser feito. E porque Ministros de Estado devem gerenciar os assuntos de suas pastas, e não meramente tramitar papeis, por força de imperativo comando constitucional (inciso I, do parágrafo único do art. 87) é que a competência fixada na lei da ANTAQ deve ser exercida, em sua plenitude.

É a autoridade de Carlos Maximiliano que nos dá conta que não se presumem na lei palavras inúteis. Retoma-se o brocardo *verba cum effectu sunt accipienda*, no sentido de que *devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia*²⁶.

E, de tal modo:

As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são leis entre as partes²⁷.

A ANTAQ deve remeter o expediente para a Secretaria de Portos por alguma razão. É o que se compreende da aplicação da lição de Carlos Maximiliano ao caso aqui examinado. E é o que a funcionalidade do arranjo institucional exige²⁸.

Na *Exposição de Motivos* que acompanhou a proposta de Medida Provisória que criou a Secretaria Especial de Portos, datada de 4 de maio de 2007 e, entre outros, assinada pela então Ministra Chefe da Casa Civil, e hoje Presidente da República, quando se fixou o que se pretendia com a Secretaria Especial de Portos, verifica-se, nomeadamente, e com ênfases minhas:

2. A criação da Secretaria Especial de Portos que ora propomos a Vossa Excelência tem como objetivo precípua priorizar as ações necessárias para uma maior eficiência e eficácia na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento do setor de portos marítimos e promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infra-estrutura portuária marítima e dos portos outorgados às companhias docas.

²⁶ Maximiliano, Carlos, cit., loc.cit.

²⁷ Maximiliano, Carlos, cit., loc.cit.

²⁸ No sentido de que o Direito deva ser integrado às soluções e arranjos institucionais, conferir, por todos, Bobbio, Norberto, *Da Estrutura à Função- Novos Estudos de Teoria do Direito*, Barueri: Manole, 2007.

3. Além das referidas competências, caberá a essa Secretaria a participação no planejamento estratégico do setor de portos marítimos e da infra-estrutura portuária marítima, a aprovação dos planos de outorgas e o desenvolvimento da infra-estrutura dos portos sob sua esfera de atuação, visando a segurança e a eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros.

4. Deve ser salientado que a criação da Secretaria ora proposta está sendo feita em consonância com o marco regulatório do setor, mantidas integralmente as competências da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Os ajustes propostos na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, têm por objetivo apenas explicitar a transferência do Ministério dos Transportes para a Secretaria Especial de Portos das competências básicas relativas à infra-estrutura portuária marítima e aos portos outorgados às companhias docas.

[...]

12. A relevância e a urgência estão caracterizadas pela necessidade de dotar o setor portuário de um órgão que tenha foco no seu desenvolvimento, viabilizando a ação governamental, em articulação com a sociedade, para incremento da infra-estrutura portuária marítima e dos portos outorgados às companhias docas, contribuindo para a manutenção e aumento das exportações brasileiras, bem como para a ampliação de sua competitividade, demonstrando assim a necessidade da implementação desse órgão, para produção de efeitos imediatos.

A Secretaria Especial de Portos, que detém status de Ministério, formula políticas públicas, e exerce conjunto de competências que fora disposto de modo definitivo no art. 24-A da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, mais uma vez com ênfases minhas:

Art. 24-A. À Secretaria Especial de Portos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas.

[...]

§ 2º As competências atribuídas no caput deste artigo à Secretaria Especial de Portos compreendem:

I - a formulação, coordenação e supervisão das políticas nacionais;

II - a participação no planejamento estratégico, o estabelecimento de diretrizes para sua implementação e a definição das prioridades dos programas de investimentos;

III - a aprovação dos planos de outorgas;

[...]

V - o desenvolvimento da infra-estrutura e da superestrutura aquaviária dos portos e terminais portuários sob sua esfera de atuação, visando à segurança e à eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros.

[...]

Firme a disposição legal que nos dá conta de que cabe à ANTAQ avaliar projetos e investimentos no âmbito de outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública. E ao fazê-lo deve indicar de forma pormenorizada a alta relevância e o interesse nacional, nos termos do § 3º do art. 14 da Lei da Mata Atlântica.

Essa regra, também especial, e de lei ordinária, cotejada com o *Novo Código Florestal*, permanece robusta, porque *Lex posterior generalis non derogat priori speciali* e porque não houve revogação explícita, por parte da regra que subsequentemente poderia ser invocada para conferir competência ao Chefe do Poder Executivo Federal, para declarar utilidade pública de *empreendimento*. É do empreendimento que se trata. E não de desapropriação de área.

4. O *NOVO* CÓDIGO FLORESTAL E O TEMA DA DECLARAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA AUTORIZAÇÃO DE SUPRESSÃO DE BIOMA DE MATA ATLÂNTICA

Situação substancialmente análoga à fixação da competência para declaração de utilidade pública, para efeitos de licenciamento de empreendimento que redundará em supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, ocorre com a competência para declaração de interesse social, para os mesmos fins de licenciamento de empreendimento, também com implicações na supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. É do que se cuida em seguida.

No *Novo Código Florestal* considera-se de interesse social as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas (art. 3º, VII, a).

Para os efeitos da Lei da Mata Atlântica, quase que no mesmo sentido, mas com variação de competência, considera-se de interesse social as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como:

prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, *conforme resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA* (art. 3º, VIII, a).

A disposição acima reproduzida da Lei da Mata Atlântica é idêntica a regra do *Velho* Código Florestal, hoje revogado expressamente. Pode-se dizer que a norma da Lei da Mata Atlântica foi revogada?

Pode-se afirmar que o *Novo* Código Florestal afastou a competência do CONAMA, referente à resolução indicativa de atividade atinente ao interesse social? Não, absolutamente não. Como visto, lei posterior geral não revoga lei anterior especial afirmação que se faz com apoio da autoridade incontestada de Norberto Bobbio.

Em contraposição às pouquíssimas hipóteses de definição de área de interesse social contidas na Lei da Mata Atlântica, o *Novo* Código Florestal conta com leque muito mais amplo, a exemplo do que já ocorria de modo muito similar com o *Velho* Código Florestal. Elementar.

É que a Lei da Mata Atlântica cuida de matéria específica, é lei especial, enquanto que o *Novo* Código Florestal trata de matéria mais genérica, pelo que é lei geral. Esta última, ainda que superveniente, não revoga aquela primeira, ainda que antecedente.

Assim, para os fins de lei geral de proteção ambiental, e não para efeitos da lei da mata atlântica, é que por interesse social também se entende a exploração agroflorestal sustentável praticada na pequena propriedade ou posse rural familiar ou por povos e comunidades tradicionais, desde que não descaracterize a cobertura vegetal existente e não prejudique a função ambiental da área; a implantação de infraestrutura pública destinada a esportes, lazer e atividades educacionais e culturais ao ar livre em áreas urbanas e rurais consolidadas, observadas as condições estabelecidas contidas na própria lei.

De igual modo, a regularização fundiária de assentamentos humanos ocupados predominantemente por população de baixa renda em áreas urbanas consolidadas, observadas as condições estabelecidas em lei; a implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos cujos recursos hídricos são partes integrantes e essenciais da atividade; as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente. É o que dispõe a lei.

E, por fim, outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional à atividade proposta, *definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal*. Aqui, um ponto interessante da questão (art. 3º, IX, g), mas não decisivo.

Simplesmente porque o regulamento ao qual a regra nos remete é referente à definição de *outras atividades similares*, e não à declaração de interesse social, relativa a um determinado empreendimento, para autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Essa última competência, nesse caso, é do CONAMA, e não do Presidente da República.

Nos termos da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, o CONAMA é órgão consultivo e deliberativo, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

O CONAMA, entre outros, detém competência para dispor sobre casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em área de preservação permanente. Ilustra-se a hipótese com a Resolução CONAMA nº 369, de 28 de março de 2006. É norma de importância que deve ser prestigiada, conduzida por corpo técnico que detém tirocínio e conhecimento sobre assuntos afetos à proteção ambiental.

Resumidamente, do mesmo que o *Novo Código Florestal* não revogou a Lei da Mata Atlântica no que se refere ao regime de declaração de utilidade pública, para efeitos de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, não o fez também em relação à declaração de interesse social, para os mesmos fins, bem como não alterou competências da Secretaria de Portos, da ANTAQ e do IBAMA, no mesmo assunto.

5. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO E DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA DO EMPREENDIMENTO PARA FINS DE AUTORIZAÇÃO DE SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO DE BIOMA DE MATA ATLÂNTICA

Não se pode confundir a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, que é de competência do Presidente da República, com declaração de utilidade pública de empreendimento para fins de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, que é de competência do poder público federal. A expropriação da propriedade privada é o marco diferenciador dos dois modelos.

Ainda que o Presidente da República seja do poder público federal, porque Chefe do Executivo, e porque Chefe de Governo e de Estado, o poder público federal não se esgota, ou se exaure, ou se resume, tão somente, na figura do Presidente da República. Além do que, a lei não fala em *chefe do poder público federal*. Menciona, apenas, *poder público federal*.

A declaração de utilidade pública para fins de desapropriação é matéria regulada pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. É regra do Estado Novo, da ditadura de Getúlio Vargas, em seu quarto ano de funcionamento.

Duraria a ditadura mais quatro anos. Dispõe o art. 2º deste decreto-lei (recepcionado pela ordem vigente como lei ordinária) que *mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios*. Observe-se que aos *territórios*, já não mais existentes no plano fático, ainda que mencionados no texto constitucional vigente, havia competência, para esse tipo de desapropriação.

Elencou-se extenso rol de circunstâncias indicativas de utilidade pública, ainda hoje vigente, para os efeitos de desapropriação, quando assim entendidas pelo Presidente de República²⁹. A declaração era feita pelo Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeitos.

Os interventores eram governadores indicados por Getúlio Vargas (que apenas não indicou interventor para Minas Gerais, lá mantendo Olegário Maciel), a exemplo de Juarez Távora, o chamado Vice-Rei do Norte, porque teria se responsabilizado por vários estados do nordeste. A questão das interventorias em São Paulo, por exemplo, resultou numa das causas do movimento que eclodiu naquela unidade da federação, em 9 de julho de 1932.

Para os efeitos das reflexões presentes, a declaração de utilidade pública é de competência do Presidente da República, e presta-se para fins de desapropriação. A matéria guarda matriz constitucional, em tema de direito de propriedade, que atenderá sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição) sendo que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição (art. 5º, XXIV).

²⁹ Nesse sentido, indicativos de utilidade pública seriam, exemplificativamente: a segurança nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; a exploração ou a conservação dos serviços públicos; a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; o funcionamento dos meios de transporte coletivo; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico; a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; e os demais casos previstos por leis especiais.

A declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação (inclusive para desapropriação para reforma agrária) é ato administrativo que revela a intervenção do Estado no domínio privado, podendo se desdobrar em duas fases: uma administrativa e outra judicial.

A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeito de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é ato administrativo que não revela a intervenção do Estado no domínio privado e que se desdobra apenas em uma fase administrativa.

A declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação (inclusive para desapropriação para reforma agrária) é ato administrativo principal, final, constitutivo, simples e discricionário. A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeito de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é ato administrativo intermediário (preparatório), declaratório, composto, condicional e discricionário.

Ensina-nos autor canônico de Direito Administrativo que o ato é *declaratório* quando *visa a preservar direitos, reconhecer situações pré-existentes ou, mesmo, possibilitar seu exercício*³⁰. O ato é *simples* quando resulta da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado³¹.

O ato é *discricionário* quando a Administração *pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização*³².

O ato é *composto* quando depende da *vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exequível [...]* o ato composto se distingue do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontades de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade³³.

O ato é *principal* quando *encerra a manifestação de vontade final da Administração*³⁴. O ato é *intermediário (preparatório)* na medida em que concorra para a formação de um ato principal e final³⁵; isto é, [...] o ato intermediário é sempre autônomo em relação aos demais e ao ato final, razão pela qual pode ser impugnado e invalidado isoladamente [...]³⁶.

O ato é *condicional*, também denominado de *ato-condição*, quando [...] se antepõe a outro para permitir a sua realização. O ato-condição destina-se a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas ou particulares, para as quais se exige

³⁰ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 175.

³¹ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 174.

³² Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 171.

³³ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 175.

³⁴ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 179.

³⁵ Meirelles, Hely Lopes, cit., loc.cit.

³⁶ Meirelles, Hely Lopes, cit., pp. 179-180.

a satisfação prévia de determinados requisitos³⁷. O ato é *constitutivo* quando a Administração cria, modifica ou suprime um direito do administrado ou de seus servidores³⁸.

A declaração de utilidade pública para efeitos de licenciamento de empreendimento para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é, assim, ato intermediário (preparatório), declaratório, composto, discricionário e condicional. Trata-se de uma das fases com vistas a implantação de empreendimento ou atividade portuária, e que também contém momento superveniente, de supressão de vegetação.

É *ato-condição* porquanto o destinatário deve comprovar o adimplemento de uma série de indicativos técnicos, a exemplo do elenco de alternativas locacionais, de acesso viário e de tecnologias para drenagem, fundações e aterro, entre outros.

É um ato *discricionário* porque ao ministério setorial (Secretaria de Portos ou Ministério do Transporte) é a quem compete definir se o empreendimento se enquadra no conjunto de políticas definidas e desenvolvidas pelo poder público federal.

É um ato *composto* porquanto depende da intervenção de vários agentes, a exemplo da ANTAQ, do IBAMA, da Secretaria de Portos ou mesmo do Ministério dos Transportes; e é por esta razão que é *intermediário* (*preparatório*), dado que se manifesta ao longo do desdobramento de vários atos. É, por fim, um ato *declaratório*, porque declara que o interessado passa a deter um direito subjetivo.

A declaração de utilidade pública de empreendimento, para fins de autorização de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é de competência do poder público federal, na exata dicção da letra b, do inciso VII, do art. 3º da Lei da Mata Atlântica. O *poder público federal* é locução que alcança toda a Administração Federal, isto é, ministérios e agências, administração direta e indireta, órgãos e entes.

6. O CONCEITO DE PODER PÚBLICO FEDERAL NA LEI DA MATA ATLÂNTICA

O conceito de *poder público* também é nuclear no sistema constitucional-ambiental (art. 225, *caput* e § 1º, da Constituição de 1988). Ele se refere à competência concorrente para produção de normas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), bem como à competência comum para o cuidado com o meio ambiente, extensiva a todas as esferas do Poder, especificamente, os Poderes

³⁷ Meirelles, Hely Lopes, cit., p. 180.

³⁸ Meirelles, Hely Lopes, cit., loc.cit.

Executivo, Judiciário e Legislativo, bem como ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas. Não se refere, em nenhum momento, exclusivamente, ao Chefe do Poder Executivo Federal.

Poder público federal se refere à administração federal. Na data da redação do presente parecer verifica-se que no Supremo Tribunal Federal há 1029 acórdãos nos quais se utiliza e se trata da expressão *poder público*, bem como três súmulas, uma súmula vinculante, 8911 decisões monocráticas, 27 questões de ordem, quatro decisões com repercussão geral e 501 menções em informativos de jurisprudência, que de alguma forma se referem ao conceito de poder público.

A reprodução de todas seria aqui exaustiva e desnecessária. Colhe-se, no entanto, a firme e inabalável impressão de que *poder público* é sinônimo de administração pública, especialmente para efeitos de responsabilidade civil, o que revela ação ou omissão. O substantivo *federal* apenas agrega um corte definidor, excluindo, no caso, as demais unidades federadas, a exemplo do Município.

Com o objetivo de se alcançar a compreensão jurisprudencial de *poder público*, tem-se, assim, exemplificativamente, e de início, relação entre *omissão do poder público* e *responsabilidade civil estatal*. É o que verifica no RE 692337/AgR/PB, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, em julgamento de 13 de novembro de 2012³⁹. Em sentido muito próximo, o decidido no ARE RE 705643 AgR/MS, relatado pelo Ministro Celso de Mello⁴⁰.

Também exemplificativamente, o decidido pelo Ministro Dias Toffoli no ARE 697802 AgR/CE, em 25 de setembro de 2012⁴¹. Foi o que de igual modo

³⁹ EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Omissão do **poder público**. Responsabilidade civil estatal. Rompimento de barragem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública pelos danos causados ao agravante com o rompimento da Barragem de Camará. [...]

⁴⁰ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º) – CONFIGURAÇÃO – ANIMAL EM RODOVIA – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO COM VÍTIMA FATAL – RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE SE ACHAM PRESENTES TODOS OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO – NÃO COMPROVAÇÃO, PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL – CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHECEU, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO **PODER PÚBLICO** – [...]

⁴¹ EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. **Omissão do poder público**. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Danos morais e estéticos. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública pelos danos causados à agravada. [...]

ocorreu no RE 627411 AgR/SE, relatado pela Ministra Rosa Weber, em 18 de setembro de 2012, em tema de obrigatoriedade do poder público no sentido de oferecer medicamentos de alto custo⁴². Ou ainda, o decidido pelo Ministro Luiz Fux no RE 677582-AgR/SP, em julgamento de 4 de setembro de 2012⁴³.

Na definição do Supremo Tribunal Federal, que reflete compreensão geral, razoável, possível, plausível, coerente, realista, empírica, a locução *poder público* indica necessariamente a Administração, o Governo, em todas as suas manifestações, de órgãos e entes, de personalidades e agentes, a serem afetadas, casuisticamente, *ad hoc*, na medida em que os fatos da vida real se desdobram, e que as demandas contra o Estado alcançam o Judiciário.

Nesse sentido, o *poder público federal* ao qual se refere a Lei da Mata Atlântica é o órgão ou ente da Administração que atua diretamente junto à demanda, na hipótese, a Secretaria dos Portos, o Ministério dos Transportes, o IBAMA, a ANTAQ, dependendo do caso. Se o legislador pretendesse que o fosse o Presidente da República assim o declararia expressamente. Esse tipo de competência não se presume, deve ser declarada na lei com todas as letras.

Equiparar-se *poder público* à Chefia do Executivo poderia conduzir o intérprete a situações inusitadas, a exemplo de regra do *Velho Código Florestal*, art. 7º, que dispunha que qualquer árvore poderia ser declarada imune de corte, mediante ato do *Poder Público*, por motivo de sua localização, raridade, beleza ou condição de portas-semente. Em outras palavras, a vingar a tese de que *poder público federal* seja sinônimo de Chefia do Executivo Federal, deveria se entender que *poder público* também significasse as várias chefias do executivo, nos vários níveis de nosso federalismo horizontal.

7. A DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL DE EMPREENDIMENTO PARA FINS DE OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO DE BIOMA MATA

⁴² EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA RECONHECIDA PELO PLENÁRIO DO STF (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO. CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO NA ORIGEM. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME INCABÍVEL NO ÂMBITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já proclamou a existência de repercussão geral da questão relativa à **obrigatoriedade de o Poder Público** fornecer medicamento de alto custo. Incidência do art. 328 do RISTF e aplicação do art. 543-B do CPC. Responsabilidade solidária entre União, Estados-membros e Municípios quanto às prestações na área de saúde. [...]

⁴³ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PARQUE ESTADUAL SERRA DO MAR. INDENIZAÇÃO. [...] 1. As restrições ao direito de propriedade impostas pelo **Poder Público**, em virtude de criação de reservas florestais, não exonera o Estado de indenizar o proprietário do imóvel (RE n. 134.297, Relator o Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 22.09.05) [...]

ATLÂNTICA, DE COMPETÊNCIA SETORIAL, E A DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO

Não se deve confundir também a declaração de interesse social de empreendimento para fins de obtenção de licença para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, que é matéria afeta aos Ministérios responsáveis pela condução e fiscalização de algumas atividades, com a declaração de interesse social para fins de desapropriação. Esta última é de competência do Presidente da República.

As hipóteses de desapropriação por interesse social estão contemplados no art. 2º da Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962. Assinada pelo então Presidente João Goulart, o referido decreto é de um contexto histórico de intensa polarização ideológica e que se desdobrou no golpe de Estado de 1964.

Considerou-se como de interesse social, o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que devesse ou pudesse suprir por seu destino econômico (art. 2º, I). É nítida a permissão para a intervenção do Estado, em relação aos bens economicamente improdutivos, o que reflete as linhas gerais do governo João Goulart.

À época, setores mais conservadores, nomeadamente dirigidos por Carlos Lacerda, Magalhães Pinto e Ademar de Barros, contestavam imaginária guinada à esquerda, pela qual o país então passava. A regra, no entanto, persiste até hoje, especialmente recepcionada pela Constituição de 1988 que compreende a propriedade nos limites e parâmetros de sua função social.

Considera-se também de interesse social, para efeitos de desapropriação, bem entendido, o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola (art. 2, III); a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habilitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias (art. 2º, IV); a construção de casas populares (art. 2º, V).

E também, as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas (art. 2º, VI); a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais (art. 2º, VII); a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas (art. 2º, VIII).

Uma das formas de declaração de interesse social para efeitos de desapropriação desdobra-se em duas fases: uma administrativa, outra judicial. É o caso, por exemplo, do disposto na Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de

1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.

A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica desdobra-se apenas numa fase administrativa. É diferença substancial, que impressiona o intérprete.

8. IMPOSSIBILIDADE HERMENÊUTICA DE PRESUNÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA COM BASE EM ABSTRATA PERCEPÇÃO IDIOSINCRÁTICA DE INTERESSE NACIONAL

A competência do Presidente da República não se presume. Na literatura que se ocupou com o tema do presidencialismo, construída em torno de Alexander Hamilton, John Jay, James Madison⁴⁴, Joaquim Francisco Assis Brasil⁴⁵, João Barbalho⁴⁶ Annibal Freire da Fonseca⁴⁷, e mais recentemente Alexandre de Moraes⁴⁸, percebe-se intensa preocupação com o princípio da legalidade, a desenhar os limites da ação presidencial. Não é terreno para idealização de presunções.

É recorrente a preocupação dos *founding fathers* do modelo presidencialista, no sentido de que o presidente não poderia se tornar *um rei com mandato pré-determinado*⁴⁹. O absolutismo da monarquia os assustava. Jorge III, o rei inglês que os norte-americanos rejeitaram, era ameaça psicológica permanente. E os ingleses foram também uma ameaça real, que ocorreu nas guerras de independência. É nesse contexto que a autoridade presidencial é historicamente matizada com todos os contornos da legalidade, que são nucleares no Estado Democrático de Direito.

Ainda que, contrário ao que ocorrera nos Estados Unidos da América, nossa tradição republicana não tenha nascido de aversão orgânica para com o chefe de Estado dos tempos do Império (e isso nos comprova José Murilo de

⁴⁴ Os Federalistas, cit.

⁴⁵ Assis Brasil, Joaquim Francisco, **Do Governo Presidencial na República Brasileira**, Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934.

⁴⁶ Barbalho, João, **Constituição Federal Brasileira- Comentários**, Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1992.

⁴⁷ Fonseca, Annibal Freire da, **O Poder Executivo na República Brasileira**, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981.

⁴⁸ Moraes, Alexandre de, **Presidencialismo**, São Paulo: Atlas, 2004.

⁴⁹ Conferir Os Federalistas, cit., pp. 412 e ss.

Carvalho)⁵⁰, o nosso modelo presidencialista foi construído com alguma dimensão de legalidade estrita. Exceções houve, naturalmente, e me refiro à ditadura do Estado Novo (1937-1945) e aos governos da Era Militar (1964-1985).

Como regra, as competências presidenciais sempre foram muito bem definidas nos textos constitucionais com os quais contamos. O modelo foi inaugurado na Constituição de 24 de fevereiro de 1891 que indicava as competências privativas do Presidente da República, fórmula geral que de alguma maneira persiste até o arranjo institucional atual. De igual modo, ainda que de curtíssima duração, o arranjo da Constituição de 16 de julho de 1934.

O modelo de 10 de novembro 1937 (supostamente redigido e engendrado por Francisco Campos, o *Chico Ciência* da tradição jushistoriográfica brasileira) ainda que alterado pela Lei Constitucional nº 9, de 1945, revelava certa hipertrofia na fórmula presidencial.

A retomada da democracia, por intermédio da Constituição de 18 de setembro de 1946, realinou os contornos do presidencialismo num regime democrático. O modelo de 1967, ao menos no primeiro momento, acenava com alguma convergência com fórmulas mais reguladas. Ainda que o Ato Institucional de nº 5 também qualificasse a hipertrofia do Executivo central, o texto constitucional de 17 de outubro de 1969 (em forma de *emenda*) anunciava uma democracia de aparências.

Como se comprova com a exaustiva leitura de nosso repertório constitucional sobre as competências presidenciais, tem-se que estas não se presumem; pelo contrário, decorrem, diretamente, da previsão do texto constitucional ou de referência de texto legal explícito, relativo à prerrogativa que se pretende exercer. Novamente, a lição de Carlos Maximiliano, para quem, *competência não se presume [...] quando a norma atribui competência excepcional ou especialíssima, interpreta-se estritamente, opta-se na dúvida, pela competência ordinária*⁵¹.

O rol de competências presidenciais é contemplado no art. 84 da Constituição Federal, inclusive com indicação taxativa de delegação. Especialmente no que se refere às prerrogativas para dispor sobre algumas matérias, mediante decreto, há norma de conteúdo mais amplo, no sentido de se dispor sobre a fiel execução das leis.

Eventual decreto presidencial declarando empreendimento de utilidade pública, para efeitos de obtenção de licença autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, não é medida que disponha sobre fiel execução de lei. Não se pormenoriza procedimento.

⁵⁰ Carvalho, José Murilo, *Os Bestializados- O Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

⁵¹ Maximiliano, Carlos, cit., p. 277.

Não se organiza a Administração, de modo a que se atenda ao comando contido na norma que se pretende *regulamentar*. E ainda que o útil não seja viciado pelo inútil (*utili per inutile non vitiatur*⁵²), o decreto presidencial que toca a matéria é justamente aquele previsto no *Novo Código Florestal*, que não se aplica em tema de mata atlântica, como já demonstrado.

De igual modo, e com idêntica e forte razão, a mesma medida, eventual decreto presidencial declarando empreendimento de utilidade pública, para efeitos de obtenção de licença para supressão de vegetação de bioma da mata atlântica, não se enquadra nas hipóteses descritas no inciso VI do art. 84 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

Inclusive a cláusula de registro amplo, *exercer outras atribuições previstas nesta Constituição*⁵³, a guisa de justificar o regulamento que se pretende, não se enquadra nas exigências hermenêuticas e racionais de consequência, de consistência e de clareza, que se espera do intérprete⁵⁴.

É que o Presidente não faz a política setorial. O Presidente é o grande agente da política geral. É o vetor da Nação. O comando. Não é o Presidente quem verifica se o empreendimento está de acordo com o conjunto de iniciativas que o setor espera. Não é o Presidente quem detém o exato conhecimento das articulações e iniciativas que definem o perfil de um setor.

É o Ministro responsável pelo setor (no caso, serviços portuários ou, em outro caso, transportes) quem deve avaliar os problemas imediatos que a Pasta o apresenta. Enfrentando-se o problema de modo mais radical, e centrado nas relações entre Direito e Economia, no sentido de que esta última pode ser fomentada por aquele primeiro⁵⁵, deve-se recomendar que, ao receber a provo-

⁵² Cf. Maximiliano, Carlos, cit., p. 272.

⁵³ Art. 84, XVII.

⁵⁴ Trata-se do método dos Três C's: **consequências, consistência e clareza**. Conferir, nesse sentido, Mac Cornick, Neil, **Direito, Interpretação e Razoabilidade**, em Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada (org.), **Direito e Interpretação- Racionalidades e Instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39. Pela natureza do caso, todavia, isso implica a natureza de escolhas. Se há um argumento sobre relevância, classificação ou interpretação é porque uma parte oferece uma leitura particular (universalizável) do que a lei quer dizer e a outra parte nega essa leitura, ou oferece uma leitura alternativa. Como se pode, então, justificar uma preferência entre essas possibilidades antagônicas? A resposta que eu ofereço se dá em termos daquilo que tenho chamado de os "Três C's" – consequências, coerências e consistência. Qualquer leitura universalizada de qualquer norma jurídica possui consequências potenciais, uma vez que implica uma determinada abordagem ao decidir tanto o caso presente quanto casos futuros similares. Será a situação preferível ou mais aceitável se, na implementação da lei, essa leitura foi preferida em detrimento daquela [?] Consequências jurídicas desse tipo, 'consequências enquanto implicações', não envolvem previsões causais de longo alcance acerca do impacto do processo decisório sobre a felicidade humana – elas não poderiam e nem deveriam fazê-lo.

⁵⁵ Cf., por todos, o emblemático ensaio de Richard Posner, **So What Has Pragmatism to Offer Law?**, in Posner, Richard, **Overcoming Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1995, pp. 387-405.

cação da ANTAQ, depois que essa agência fora provocada pelo IBAMA, deveria o Ministro setorial, se desconfortável com a declaração que deveria produzir, negá-la, justificadamente, por intermédio de argumentos técnicos, e não com base numa hermenêutica defensiva, centrada apenas em problemas periféricos de competência. Estar à frente de um Ministério, presume-se – e aqui a presunção é verossímil – significa ter conta, conhecimento, controle, direção, domínio, de tudo quanto lhe é pertinente.

Concluindo, não se pode presumir competência presidencial simplesmente porque se transita em tema de imaginário *interesse nacional*, especialmente porque construído como um derivativo de *patrimônio nacional*. A comparação entre as duas instâncias, *interesse nacional* e *patrimônio nacional* é aciciana: todo o patrimônio nacional interessa à Nação.

Em rigor, essa falácia decorre de equivocada leitura do § 4º do art. 225 do texto constitucional. É o magistério de José Afonso da Silva que nos acena com o fato de que a locução *patrimônio nacional* revela um significado primeiro e político. Segundo o professor da Universidade de São Paulo:

Declara a Constituição que os complexos ecossistemas referidos no seu art. 225, § 4º, são patrimônio nacional. Isso não significa transferir para a União o domínio sobre as áreas particulares, estaduais e municipais situadas nas regiões mencionadas. Na verdade, o significado primeiro e político da declaração constitucional de que aqueles ecossistemas florestais constituem patrimônio nacional está em que não se admite qualquer forma de internacionalização da Amazônia ou de qualquer outra área⁵⁶.

9. A REITERAÇÃO DAS PRÁTICAS DA ADMINISTRAÇÃO

Ao que consta, desde 2010, o IBAMA já havia assentado o entendimento de que a utilidade pública de que se cuida nas hipóteses de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica ou de Áreas de Preservação Permanente-APP é distinta da utilidade pública de que se cuida quando se discute desapropriação.

O próprio setor portuário já havia reconhecido a competência do Ministério dos Transportes, quando ainda não havia a Secretaria dos Portos, no sentido de declarar utilidade pública, para efeitos de supressão autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica ou de APP. Trata-se, no mais das vezes, de empreendimentos privados, que não envolvem desapropriação, pelo que inexistente, e desnecessária, na hipótese, declaração presidencial de utilidade pública. Não há expropriação.

⁵⁶ Silva, José Afonso, **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 843.

Lê-se no Parecer nº 0587/2010-PFE/IBAMA/CONPE/MAM, na parte conclusiva, que:

a) a caracterização das atividades a serem realizadas como de utilidade pública para fins de intervenção em APP difere da necessidade de declaração de utilidade pública da área para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa (Decreto-lei nº 3.365/41);

b) para que um empreendimento possa ser tratado como de utilidade pública, para fins de intervenção ou supressão de vegetação em APP, deve-se enquadrar as atividades a serem realizadas nas alíneas 'a', e 'b' do § 2º do inciso IV do art. 1º do Código Florestal, ou nas alíneas 'c' a 'g' do inciso I, do art. 2º, da Resolução 369/2006.

E também a Procuradoria Federal Especializado do IBAMA, no Parecer nº 0581/2010-PFE/IBAMA/CONEP/MAM, assentou que [...] “ a prestação dos serviços públicos que competiriam a União prestar no caso dos portos organizados, podem ser objeto de concessão ou permissão, precedidos de licitação. O caso em análise, contudo, refere-se a terminal portuário privativo, dependente de simples autorização a ser precedida de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do RIMA, ou seja, do licenciamento ambiental”.

No mesmo parecer, lê-se na conclusão, que “d) a caracterização das atividades a serem realizadas como de utilidade pública para fins de intervenção em APP difere da necessidade de declaração de utilidade pública da área para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa (Decreto nº 3.365/41)”.

Em parecer de autoria de anterior Procurador-Geral Chefe do IBAMA, tombado sob a identificação Despacho do Procurador-Chefe Nacional-PFE/IBAMA nº 322/2010, colhe-se, de modo definitivo, a lição que segue, com ênfases no original:

Assunto: Consulta, formulada pela Diretoria de Licenciamento Ambiental, acerca da comprovação da utilidade pública de empreendimento portuário de uso privativo, para fins de emissão de autorização para supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente- APP. [...]

[...] Considerando que as normas constantes dos artigos 26 e 36, do Decreto nº 6.6620/08, e do artigo 27, inciso XVII, da Lei nº 10.233/01, importante registrar a opinião desta Procuradoria Federal no sentido de que **a declaração de utilidade pública, ou interesse social, mencionada no parágrafo precedente, é atribuição da Agência Nacional de Transportes Aquaviários-ANTAQ e/ou da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República-SEP.** [...]

E ainda, de autoria da Senhora Coordenadora Nacional de Estudos e Pareceres da Procuradoria-Federal Especializada do IBAMA o excerto que segue, também no mesmo sentido, com destaques meus:

[...]

Inicialmente há de se fazer uma distinção entre a utilidade pública ou o interesse social do empreendimento que, para instalação e operação, necessita ser revestido do caráter de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação de área para desenvolvimento de alguma atividade ou empreendimento. Feita a distinção, da leitura do art. 2º, I, da Resolução CONAMA nº 369/2006, depreende-se que as atividades ali arroladas já são declaradas de utilidade pública ou interesse social, pelo simples efeito da norma. Insta registrar que a redação do dispositivo reproduz o disposto no art. 1º do Código Florestal. **Assim, somente as atividades ali descritas são consideradas, de per si, como de utilidade pública ou interesse social. Os demais empreendimentos devem ser formal e expressamente assim reconhecidos pelo órgão estatal competente. Nessa linha de desenvolvimento, somente se houver expresse reconhecimento por parte da ANTAQ ou do Ministério dos Transportes de que o porto, por si só, é empreendimento de utilidade pública ou interesse social, é que a atividade pode ser assim considerada.**

E ainda, há notícia de reunião realizada na Secretaria de Portos, em 17 de outubro de 2012, na qual se assinou *ata*, na qual se definiram procedimentos para manifestação de utilidade pública de obras de infraestrutura de transporte para fins de licenciamento ambiental para empreendimentos portuários. Segue extração de excerto da referida *ata*:

O representante do IBAMA ratificou o entendimento manifestado por meio do Parecer nº 0587/2010-PFE/IBAMA/CONEP/MAM, no sentido de que: 1- a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação/instituição de servidão administrativa por meio de Decreto Presidencial difere da declaração solicitada no âmbito de licenciamento ambiental para fins de intervenção em APP e/ ou supressão de vegetação de Bioma de Mata Atlântica. 2- Para fins de licenciamento ambiental, há necessidade de apresentação de manifestação de órgão formulador das políticas portuárias no âmbito nacional reconhecendo o caráter de interesse nacional do empreendimento, para os serviços de transporte, para fins de atendimento do art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 12.651/2012 e art. 3º, inciso VII, alínea b da Lei nº 11.428/2006. 3- A manifestação em nível municipal e/ou estadual, embora não obrigatória, reforça a relevância do empreendimento para fins de licenciamento ambiental. Por fim, ficou acordado que os empreendimentos portuários, em processo de licenciamento ambiental, deverão requerer ao órgão formulador das políticas

públicas no âmbito nacional, manifestação quanto ao empreendimento estar em conformidade com as políticas públicas portuárias.

O entendimento acima corrobora compreensão sempre defendida pelo IBAMA. E agora, ao que parece, abraçada também pela Secretaria de Portos, haja vista a assinatura de vários agentes desse Ministério apostadas na *ata*, nada obstante notícia de parecer contrário, ainda que em outro caso.

Desmistificando-se a tese de que a competência da declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização de supressão de vegetação de bioma mata atlântica, por parte do Presidente da República, seria mais gravosa para o interessado, tem-se que o ente responsável por agenda de proteção ambiental compreendeu a simplicidade da questão, tratando-a com a devida objetividade.

10. CONCLUSÕES

a) A Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006 dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Não há alteração substancial, por parte do Novo Código Florestal, Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Permanecem em plena vigência as regras da Lei da Mata Atlântica relativas às declarações de utilidade pública e de interesse social, para os efeitos de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. No caso presente, é a Lei da Mata Atlântica que deve ser aplicada, porquanto suas regras, interpretadas em conjunto com a Lei da ANTAQ é que regem a disciplina.

b) A declaração de utilidade pública de empreendimento para fins de obtenção de licença para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, de competência setorial, não se confunde com a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, de competência do Presidente da República. Esta última decorre do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei das desapropriações por utilidade pública). Aquela primeira desdobra-se do disposto na letra b, do inciso VII, do art. 3º, da Lei nº 11.428, de 2006. Essa diferenciação tem sido recorrentemente apontada pelo IBAMA.

c) A declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação é ato principal, final, constitutivo, simples e discricionário. A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica é ato intermediário (preparatório), declaratório, composto, condicional e discricionário. A declaração de utilidade pública para efeitos de desapropriação pode desdobrar-se em duas fases: uma administrativa, outra judicial. A declaração de utilidade pública de empreendimento para efeitos de autorização para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica desdobra-se apenas numa fase administrativa. Deve-se,

no entanto, vincular o procedimento a autorização por intermédio do EIA, que é passo essencial neste contexto;

d) A declaração de interesse social de um empreendimento para fins de obtenção de licença para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, de competência setorial, não se confunde com a declaração de interesse social para fins de desapropriação. Esta última decorre do disposto na Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962 (Lei da desapropriação por interesse social). Aquela primeira, de igual modo, radica na Lei nº 11.428, de 2006.

e) Nos termos do Novo Código Florestal a competência do Chefe do Poder Executivo Federal para baixar decreto definindo utilidade pública ou interesse social é referente à definição de outras atividades similares, que não as contempladas na lista taxativa dos incisos do art. 3º do referido texto legal. De qualquer modo, esta regra não se aplica aos casos de declaração de interesse público para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

f) A disposição à qual refere a letra e, do inciso VII, do art. 3º do Novo Código Florestal é relativa ao provimento de situações não disciplinadas em lei (casos similares) e não à fiel execução do comando contido na lei que se deve aplicar. A referida competência insere-se no contexto de indicação de casos similares que seriam alcançados pelo conteúdo aberto do conceito de utilidade pública e não, como se poderia apressadamente concluir, à competência para decretar de utilidade pública um determinado empreendimento, para fins de licenciamento para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses que a lei elenca.

g) O Novo Código Florestal não revoga a Lei da Mata Atlântica, que foi apenas alterada, em seu artigo 35, por disposição expressa do referido Novo Código Florestal (art. 81). E ainda que se cogitasse da aplicação do Novo Código Florestal, conflito entre lei posterior geral e lei anterior especial, de mesma hierarquia, resolve-se em favor da lei anterior especial. Aplicação de regra de hermenêutica no sentido de que *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Autoridade de Norberto Bobbio.

h) O Novo Código Florestal (de 25 de maio de 2012) ainda que denominado de código detém natureza de lei ordinária (inciso III do art. 59 da Constituição). Assim, eventual regra conflitante com a Lei de Proteção ao Bioma Mata Atlântica (lei ordinária, de 2006), ou com lei que define competência da ANTAQ (lei também ordinária, de 2001) resolve-se em favor de leis especiais. Excetua-se, naturalmente, revogação expressa.

i) O Novo Código Florestal não revogou a Lei de Proteção ao Bioma Mata Atlântica. Inteligência do art. 9º da Lei Complementar nº 95, de 26 de janeiro de 1998, na redação dada pela Lei nº Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001. 10. Se intenção inequívoca do legislador houvesse, no sentido de substituir declaração de utilidade pública, de competência do poder público

federal, por declaração de utilidade pública, pelo Presidente da República, para os fins de proteção de mata atlântica, a revogação deveria ser expressa. Houve menção inequívoca, por exemplo, quando se considera, para efeitos de preservação permanente, áreas assim declaradas por ato do chefe do poder executivo (art. 6º do Novo Código Florestal).

j) Para efeitos de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica deve-se aplicar a Lei da Mata Atlântica, que é lei especial, e não o Novo Código Florestal, que se trata de lei geral. E até porque, no tempo de vigência do Velho Código Florestal, este não se aplicava ao Bioma Mata Atlântica, que conta com norma especial de regência.

k) A competência do Presidente da República não se presume. No modelo de divisão dos poderes, a competência do Presidente é matéria constitucional e está afeta à reserva de lei.

l) As competências privativas são indelegáveis, com exceção daquelas previstas na Constituição. Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969. Tradição do modelo presidencialista. Na lista de competências do Presidente da República (art. 84 da Constituição de 1988), bem como nas normas de regência relativas ao alcance dos regulamentos, não se contempla prerrogativa para declaração de utilidade pública ou de essencialidade pública de empreendimento para fins de licenciamento ambiental.

m) Não se pode presumir competência com fundamento em abstrato interesse nacional, deduzido da locução patrimônio nacional, encontrada no § 4º do art. 225 da Constituição.

n) O conceito de patrimônio nacional, relativo à proteção do bioma mata atlântica, para efeitos do § 4º do art. 225 da Constituição, detém significação política de declaração constitucional de que a área não admite nenhuma forma de internacionalização. Autoridade de José Afonso da Silva.

o) Lei específica determina que é competência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários-ANTAQ autorizar projetos e investimentos no âmbito de outorgas estabelecidas encaminhando ao Ministro dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos as propostas de declaração de utilidade pública (art. 27 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, na redação dada pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007). Verba cum effectu sunt accipienda. As leis não contêm palavras inúteis. Autoridade de Carlos Maximiliano.

p) O conceito de poder público, no contexto do sistema constitucional-ambiental (art. 225, especialmente caput e § 1º) refere-se à competência concorrente para produção de normas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), bem como à competência comum para o cuidado com o meio ambiente, extensiva a todas as esferas do Poder, nomeadamente, os Poderes Executivo,

Judiciário e Legislativo, bem como ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas. Não se refere, em nenhum momento, exclusivamente, ao Chefe do Poder Executivo Federal. Inteligência do conceito de poder público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

q) No subsistema da Lei de Proteção à Mata Atlântica a locução poder público federal se refere aos Ministérios, Agências e demais entes da Administração Federal, e não ao Chefe do Poder Executivo Federal. Nesse sentido, o poder público federal ao qual se refere a Lei é o órgão ou ente da Administração que atua diretamente junto à demanda, na hipótese, a Secretaria dos Portos, o Ministério dos Transportes, o IBAMA, a ANTAQ, dependendo do caso.

r) Se o legislador pretendesse que poder público federal significasse o Presidente da República assim o declararia expressamente. Esse tipo de competência não se presume, deve ser declarada na lei com todas as letras.

s) Há reiteradas manifestações da Administração, em favor da tese aqui defendida. Em 2010 o IBAMA já havia definido que a utilidade pública relativa aos casos de supressão de bioma mata atlântica é diversa da utilidade pública referente aos casos de desapropriação.

t) Inteligência dos pareceres nºs 0581 e 0587/2010/PFE/IBAMA/CONEP/MAM, bem como dos despachos nº 1074/2010-PFE-Asb, da Sra. Coordenadora-Geral de Estudos e Pareceres da Procuradoria-Geral Especializada do IBAMA e nº 322/2010, do então Procurador-Chefe Nacional do IBAMA.

u) Em ata de reunião ocorrida em 17 de outubro de 2012, na Secretaria de Portos da Presidência da República, na qual participaram representantes da Secretaria de Portos, da Procuradoria-Geral do IBAMA e demais atores interessados, ratificou-se o entendimento de que a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação/instituição de servidão administrativa por meio de decreto presidencial difere da declaração solicitada no âmbito de licenciamento ambiental para supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

v) O Novo Código Florestal não revogou a Lei do Bioma da Mata Atlântica e também não revogou a lei que define as competências da ANTAQ e da Secretaria dos Portos.

w) No novo marco regulatório dos portos (Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012), à Secretaria dos Portos compete assessorar direta e indiretamente o Presidente da República, na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e fomento do setor de portos, promovendo a execução e avaliação de medidas, programas e projetos ao desenvolvimento da infraestrutura das instalações portuárias, inclusive no que se refere aos planos gerais de outorgas.

x) Para autorizar empreendimento no setor portuário que necessite de autorização de supressão de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses que a lei nomina, o IBAMA exige do interessado, após emitir licença prévia-LP, declaração de utilidade ou de necessidade pública, que o interessado deverá requerer junto à ANTAQ, a qual, após estudos técnicos, encaminhará o pedido para a Secretaria de Portos ou para o Ministério dos Transportes, a quem compete, por força do inciso I, do parágrafo único do art. 87 da Constituição, gerir os assuntos de suas áreas de competência.

y) É à ANTAQ a quem compete definir se o empreendimento é hipótese de infra-estrutura de serviço público de transporte, entre outros, fazendo a proposta, opinando por sua razoabilidade.

z) A compreensão de que o empreendimento enquadra-se no conceito de infraestrutura de serviço público de transporte é do Ministro setorial a quem compete avaliar se a proposta de declaração de utilidade pública, nos casos concretos encaminhados, está de acordo com a lei e com as políticas setoriais, de modo a deferir o pedido (ou não). Inteligência do § 3º do art. 14 da Lei da Mata Atlântica.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR, José Levi, **Medida Provisória: Edição e Conversão em Lei-Teoria e Prática**, São Paulo: Saraiva, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco, **Do Governo Presidencial na República Brasileira**, Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934.

BARBALHO, João, **Constituição Federal Brasileira- Comentários**, Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1992.

BOBBIO, Norberto, **Da Estrutura à Função- Novos Estudos de Teoria do Direito**, Barueri: Manole, 2007.

_____, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: Editora da UnB, 1999. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

CARVALHO, José Murilo, **Os Bestializados- O Rio de Janeiro e a República que não foi**, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

CLÈVE, Clémerson Merlin, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, São Paulo: RT, 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Morita, Dione Mari e Ferreira, Paulo, **Licenciamento Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2011.

- FONSECA, Annibal Freire da, **O Poder Executivo na República Brasileira**, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981.
- FRANÇA, R. Limongi, **Hermenêutica Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1999.
- FREITAS, Juarez, **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**, Belo Horizonte: Forum, 2012.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, e JAY, John, **O Federalista**, Belo Horizonte: Líder, 2003. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira.
- HOWELL, William G., **Power Without Persuasion- The Politics of Direct Presidential Action**, Princeton: Princeton University Press, 2003.
- KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de João Baptista Machado.
- LEFF, Henrique, **Epistemologia Ambiental**, São Paulo: Cortez, 2002. Tradução de Sandra Valenzuela.
- LEVI, Edward H., **Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico**, São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Eneida Vieira Santos.
- MAC CORNICK, Neil, **Direito, Interpretação e Razoabilidade**, em Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada (org.), **Direito e Interpretação- Racionalidades e Instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1965.
- MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2008. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILARÉ, Édis, **Direito do Ambiente- A Gestão Ambiental em Foco- Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MORAES, Alexandre de, **Presidencialismo**, São Paulo: Atlas, 2004.
- POSNER, Richard, **Overcoming Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- SILVA, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____, **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2006.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo de, **Manual de Direito Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2010.

WARBER, Adam L., **Executive Orders and the Modern Presidency**, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo, **A crucificação e a democracia**, São Paulo: Saraiva, 2011. Tradução de Monica de Sanctis Viana.

*** Recebido em 08 abr. 2015.**