

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO**

ROMILSON DE ALMEIDA VOLOTÃO

**O PROCESSO DE LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DE
INFRAESTRUTURA NO BRASIL:
ESTUDO DE CASO DA INTERVENÇÃO AMBIENTAL NO SETOR ELÉTRICO**

**Rio de Janeiro
2016**

ROMILSON DE ALMEIDA VOLOTÃO

**O PROCESSO DE LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DE
INFRAESTRUTURA NO BRASIL:
ESTUDO DE CASO DA INTERVENÇÃO AMBIENTAL NO SETOR ELÉTRICO**

Dissertação para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola de Direito no Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas

Área de concentração: Direito da Regulação

Linha de pesquisa: Governança, Tecnologia e Sustentabilidade

Orientador: Sérgio Guerra

Rio de Janeiro

2016

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Volotão, Romilson de Almeida

O processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil: estudo de caso da intervenção ambiental no setor elétrico / Romilson de Almeida Volotão. – 2016. 231 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Sérgio Guerra.

Inclui bibliografia.

1. Direito regulatório. 2. Agências reguladoras de atividades privadas. 3. Direito ambiental - Brasil. 4. Licenças ambientais - Brasil. 5. Eficiência governamental. 6. Governança. 7. Direito comparado. I. Guerra, Sérgio, 1964- . II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD – 341.3221




ROMILSON DE ALMEIDA VOLOTÃO

**CRÍTICAS E PROPOSTAS AO PROCESSO DE LICENCIAMENTO DE
EMPREENDIMENTOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL: ESTUDO DE CASO DE
INTERVENÇÃO AMBIENTAL NO SETOR ELÉTRICO.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 29/02/2016

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA



Sérgio Antônio Silva Guerra
Orientador (a)

Joisa Campanher Dutra

José Ribas Vieira

Dedico esta dissertação à Daniela, minha esposa e companheira de todas as horas, aos meus amados filhos Romilson Júnior e Letícia, e aos meus pais, Romildo e Heloisa, a quem devo os melhores exemplos de retidão de caráter e constância.

AGRADECIMENTOS

À Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas por apresentar a um advogado público já experiente uma nova perspectiva para o vetusto direito público brasileiro. Ao meu orientador professor Sérgio Guerra, pelo auxílio na escolha e definição do tema desta dissertação.

Aos professores Joaquim Falcão, José Ribas Vieira, Gustavo Kaercher Loureiro, Patrícia Sampaio, Floriano Azevedo Marques, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Antônio José Maristrello Porto, Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelles, pela disponibilidade, incentivo e generosidade acadêmica.

A professora Joisa Dutra Campanher, por me fazer compreender o quanto os postulados da economia podem ser úteis na análise dos temas afetos ao direito.

A Rodrigo Vianna, Vice-diretor Executivo da FGVdireitoRio, um exemplo de competência profissional.

À equipe da Coordenação do Mestrado da FGVdireitoRio: professor Fernando Leal e professor Rafael de Almeida, Margareth Jacobi, Jaqueline Nobre e Débora, sempre prontos a ajudar no que fosse necessário.

Aos queridos amigos da turma “Oblato” do curso de mestrado em direito da regulação: Maíra Ayres Torres, Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves, Rafael Vêras de Freitas, Gustavo Rocha Schmidt, Álvaro Amaral de França Couto Palma Jorge, Francisco Antunes Maciel Müssnich, Luis Felipe Lopes Martins, Danielle Cavalcante Duarte, Alessandra Vasconcelos Araújo Rodrigues Carneiro, Julia De Lamare, Ricardo Dutra Nunes, Viviane Damato Otto Kloss, Gabriel Cozendey Pereira Silva, Paulo Wunder de Alencar e José Evânio Junior, pelo companheirismo e incentivo mútuo.

A Romildo Volotão, meu pai e conselheiro, pelo empréstimo da experiência e conhecimento adquiridos em quarenta anos de serviço público.

Ao Dr. Hélio Domingues, Consultor Jurídico do Comando da Marinha, pela compreensão para com minhas premências acadêmicas.

E, por fim, agradeço ao Senhor Deus, por ter me dado a oportunidade de melhorar com as dificuldades da vida.

“De repente, houve um terremoto tão violento que os alicerces da prisão foram abalados. Imediatamente todas as portas se abriram, e as correntes de todos se soltaram”. (Atos 16: 26)

RESUMO

A problemática da atuação desconcertada da Administração pública brasileira é deveras evidente em alguns casos, e extremamente preocupante sob o aspecto da eficiência administrativa dos sistemas e processos decisórios dos diversos setores que compõem sua estrutura.

Nessa toada, o objetivo geral do presente estudo é analisar as disfunções geradas pela falta de coordenação no exercício da atividade administrativa pelo Estado brasileiro. Entretanto, como o tema é abrangente demais para caber nos estreitos limites de uma dissertação de mestrado, escolhemos um arranjo institucional específico para servir de norte deste estudo: o processo de licenciamento administrativo e ambiental de empreendimentos de infraestrutura.

Os empreendimentos de infraestrutura demandam uma gama de autorizações e licenças emanadas de inúmeros órgãos ou entidade do poder público, igualmente competentes para decidir, cada qual dentro de sua respectiva área de atuação, e com fundamento em legislações diversas. Por conseguinte, a atuação descoordenada desses atores causa consideráveis prejuízos econômicos, mormente em decorrência da demora na tomada de decisões, do rigorismo exacerbado dos requisitos e condicionantes ambientais e do excesso de judicialização de controvérsias do setor.

Destarte, o tema-problema da presente dissertação consiste em buscar a melhor resposta jurídica para o problema propositivo relacionado à ineficiência do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil. Nesse desiderato, foi escolhida a racionalidade econômica como referencial teórico.

Com isso espera-se formular proposta no sentido de que o processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil poderia tornar-se mais eficiente caso fosse adotada uma nova modelagem de governança institucional formulada com base no estudo comparado com o sistema jurídico norte-americano, cujo processo de avaliação ambiental está baseado na coordenação interagências e na figura central da chamada agência líder.

Palavras-chave: Direito da regulação. Licenciamento ambiental brasileiro. Eficiência econômica. Direito comparado. Agência líder.

ABSTRACT

The issue of staggered performance of the Brazilian public administration, indeed evident in some cases is extremely worrying from the point of administrative efficiency of decision-making systems and processes of the various sectors that make up its structure.

In this line, the general objective of this study is to analyze the dysfunctions caused by the lack of coordination in the exercise of administrative activity by the Brazilian state. However, because the topic is too broad to fit in the narrow confines of a dissertation, choose a specific institutional arrangement to serve the north of this study: the administrative and environmental licensing process for infrastructure projects.

The infrastructure projects require a range of permits and licenses issued by numerous agencies or government entity, have jurisdiction to rule, each within their respective area of expertise, and on the basis of various laws. Therefore, the uncoordinated activities of these actors causes considerable economic losses, mainly due to the delay in decision-making, the exaggerated strictness of the requirements and environmental conditions and excessive legalization sector disputes.

Thus, the theme-problem of this dissertation is to seek the best legal response to the propositional problem related to the inefficiency of the licensing process for infrastructure projects in Brazil. In this goal, the economic rationale was chosen as theoretical framework.

With this expected to formulate proposal that the licensing process for infrastructure projects in Brazil could become a new institutional governance modeling formulated based on the study compared to the US legal system more efficient if it were adopted, whose environmental assessment process is based on interagency coordination and central figure in the so-called lead agency.

Keywords: Law of regulation. Brazilian environmental licensing. Economic efficiency. Comparative law. Lead agency.

RESUMEN

La cuestión de rendimiento escalonado de la administración pública brasileña, en efecto evidente en algunos casos es muy preocupante desde el punto de eficiencia administrativa de los sistemas y procesos de los distintos sectores que conforman la estructura de toma de decisiones.

En esta línea, el objetivo general de este estudio es analizar las disfunciones provocadas por la falta de coordinación en el ejercicio de la actividad administrativa por el estado brasileño. Sin embargo, debido a que el tema es demasiado amplio como para caber en los estrechos confines de una disertación, elegir un arreglo institucional específica para servir al norte de este estudio: el proceso administrativo y ambiental de licencias para proyectos de infraestructura.

Los proyectos de infraestructura requieren una serie de permisos y certificados expedidos por numerosos organismos o entidad gubernamental, competente para pronunciarse, cada uno dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, y sobre la base de varias leyes. Por lo tanto, las actividades coordinadas de estos actores provoca considerables pérdidas económicas, principalmente debido a la demora en la toma de decisiones, el rigor exagerado de los requisitos y las condiciones ambientales y disputas excesivas del sector legalización.

Por lo tanto, el tema-problema de este trabajo consiste en buscar la mejor respuesta legal al problema de proposiciones relacionadas con la ineficiencia del proceso de concesión de licencias para proyectos de infraestructura en Brasil. En este objetivo, la justificación económica fue elegido como marco teórico.

Con esta previsto para formular propuesta de que el proceso de concesión de licencias para proyectos de infraestructura en Brasil podría convertirse en un nuevo modelado de gobierno institucional formulado sobre la base del estudio en comparación con el sistema legal de Estados Unidos más eficiente si se adoptara, cuyo proceso de evaluación ambiental se basa en la coordinación entre las agencias y figura central en el llamado organismo principal.

Palabras clave: Derecho de la regulación. Licencias ambientales de Brasil. La eficiencia económica. El derecho comparado. Agencia líder.

LISTA DE SIGLAS

ABIN – Agência Brasileira de Inteligência
AGU – Advocacia-Geral da União
ACL - Ambiente de Contratação Livre
ACR - Ambiente de Contratação Regulada
ANA - Agência Nacional de Águas
ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE - Agência Nacional do Cinema
ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ANM - Agência Nacional de Mineração (em estudos)
APA - Administrative Procedural Act
APO – Autoridade Pública Olímpica
ASV - Autorização de Supressão de Vegetação
AUMPF - Autorização de Utilização de Matéria-Prima Florestal
BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento
BIRD - Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
BNDES - Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico
CAB - Civil Aeronautics Board (US)
CCAF - Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CFR - Code of Federal Regulations
CNEN – Comissão Nacional de Energia Nuclear

CNI – Confederação Nacional da Indústria
 CNJ – Conselho Nacional de Justiça
 CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público
 CNPI - Conselho Nacional de Política Indigenista
 CMSE - Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico
 CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente
 CTF/APP - Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Naturais
 DIAND - Department of Indian Affairs and Northern Development (CA)
 DEP - Florida Department of Environmental Protection (US)
 DOF - Documento de Origem Florestal
 DMP - Department of Mines and Petroleum (AU)
 DoP - Department of Planning (AU)
 DoT - Department of Transport (AU)
 DRDH - Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica
 EA - Environmental Assessments (US)
 EEA – European Environment Agency (EU)
 EIA - Estudo de Impacto Ambiental
 EIA - Environmental Impact Statement (US)
 Eionet - European Environment Information Observation Network
 EMCFA – Estado Maior Conjunto das Forças Armadas
 EPA – Environmental Protection Agency (US)
 EPE – Empresa de Pesquisa Energética
 ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras S/A
 ELETRONORTE - Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A
 FCC - Federal Communications Commission
 FCP - Fundação Cultural Palmares
 FERC - Federal Energy Regulatory Commission (US)
 FHWA - Federal Highway Administration (US)
 FMC - Federal Maritime Commission
 FMI - Fundo Monetário Internacional
 FPT - Federal, Provincial and Territorial (CA)
 FONSI - Findings of no Significant Impact (US)

FTA - Federal Transit Administration (US)
 FTC - Federal Trade Commission
 FUNAI - Fundação Nacional do Índio
 IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis
 ICC - Interstate Commerce Comissions (US)
 ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
 IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
 LI - Licença de Instalação
 LP - Licença Prévia
 LO - Licença de Operação
 MAE - Mercado Atacadista de Energia (extinto)
 MD – Ministério da Defesa
 MMA – Ministério do Meio Ambiente
 MME - Ministério de Minas e Energia
 MPF – Ministério Público Federal
 MS – Ministério da Saúde
 NASA - National Aeronautics Space Administration (US)
 NEB - National Energy Board (CA)
 NEPA – National Environmental Policy Act (US)
 NHTSA - National Highway Traffic Safety Administration (US)
 NLRB - National Labor Relations Board (US)
 NRC - Nuclear Regulatory Commission (US)
 NYDEC – New York State Departament Envirommental Conservation (US)
 NORAD - North American Aerospace Defense Command (binacional: US & CA)
 ONS – Operador Nacional do Sistema
 OSHA - Occupational Safety and Health Administration (US)
 PF – Polícia Federal
 PRF – Polícia Rodoviária Federal
 PNMA - Política Nacional do Meio Ambiente
 REEF - Artic Regional Environmental Emergencies Team (CA)
 RIMA - Relatório de Impacto Ambiental
 SAFETEAU - Safe, Accountable, Flexible, Efficient Transportation Equity Act: A Legacy for Users (US)

SAE - Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (extinta)

SEC - Securities and Exchange Commission (US)

SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente

SNUCN - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza

SNI - Sistema Nacional Integrado

SEQR - State Environmental Quality Review (US)

STF – Supremo Tribunal Federal

TAC - Termo de Ajustamento de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

USDOT - United States Department of Transportation (US)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1	8
O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DENTRO DA ORDEM ECONÔMICA NO ESTADO BRASILEIRO	8
1.1 O papel do Estado brasileiro na promoção do desenvolvimento econômico e na proteção do meio ambiente	8
1.2 O licenciamento ambiental no Brasil como instrumento de proteção ao meio ambiente e de promoção do desenvolvimento econômico	19
1.3 As disfunções encontradas no processo de licenciamento ambiental brasileiro	27
1.4 Metodologia da análise empírica das disfunções do licenciamento ambiental	29
1.4.1 O excesso de judicialização das demandas relativas ao licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura	30
1.4.2 Uma visão crítica acerca da revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário	31
1.4.3 Análise relativa às eventuais inadequações de exigências ambientais no processo de licenciamento.....	33
1.5 Análise das prováveis causas das disfunções do licenciamento ambiental brasileiro.....	34
1.5.1 O que entendemos por “atuação desconcertada da Administração”	35
1.5.1.1 A emergência do Estado Regulador brasileiro	37
1.5.1.2 A influência do fenômeno da globalização no processo de mutação do Estado	44
1.5.1.3 As dificuldades enfrentadas no modelo de Administração em rede.....	49
1.5.1.4 O advento da doutrina da administração pública gerencial no Brasil	50
1.5.2 A escalada de conflitos interadministrativos como efeito colateral do policentrismo do Estado Pós-moderno.	52
1.5.3.1 A premência de uma Administração menos imperativa e mais consensual	55
1.5.3.2 Os atuais instrumentos de resolução consensual de conflitos no âmbito da Administração pública.....	60
1.5.3.3 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal	62
1.5.3.4 O recém aprovado marco regulatório da arbitragem na Administração pública.....	63
1.5.4 A busca de novos instrumentos jurídicos que permitam evitar o surgimento de novos conflitos interadministrativos	64
1.5.4.1 A governança institucional e a racionalidade cooperativa	64
1.6 A cultura institucional de autopreservação dos técnicos ambientais	66

1.6.1 Buscando soluções para o problema da cultura de autopreservação dos técnicos ambientais	73
1.7 Consequências indesejáveis das disfunções do processo de licenciamento ambiental	76
1.7.1 O consequente congestionamento dos canais do Poder Judiciário	77
1.7.2 Análises empíricas quantitativas e qualitativas dos atrasos no processo de licenciamento	78
1.7.2 Análise econométrica dos custos da morosidade do processo de licenciamento ambiental	83
1.7.3 Os efeitos da morosidade do licenciamento de UHE em relação aos leilões da ANEEL	85
CAPÍTULO 2	89
O LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DO SETOR ELÉTRICO	89
2.1 Um breve panorama sobre o novo marco regulatório do setor elétrico brasileiro e os contratos de comercialização de energia	90
2.2 Os principais atores do processo de licenciamento ambiental no setor elétrico e seus respectivos papéis	92
2.3 O perfil da problemática do licenciamento ambiental no setor elétrico	94
2.4 Estudo de caso: o empreendimento da UHE de Belo Monte	95
2.4.1 O universo conflituoso em torno da construção e instalação da UHE de Belo Monte retratado pela mídia	97
2.4.2 Conclusões extraídas do estudo de caso	98
CAPÍTULO 3	100
A AGÊNCIA LÍDER NO DIREITO COMPARADO	100
3.1 O processo de avaliação ambiental de empreendimentos nos Estados Unidos	100
3.2 O federalismo regulatório e a cooperação interagências no direito norte-americano	103
3.3 A modelagem institucional do processo de avaliação ambiental norte-americana: a NEPA	105
3.3.1 NEPA: um modelo eficiente de processo de avaliação de impacto ambiental de empreendimentos	108
3.3.2 NEPA: um arranjo institucional em constante aperfeiçoamento	110
3.4 O que representa a agência líder para o sistema jurídico estadunidense?	111
3.4.1 Conceitos próprios do sistema jurídico norte-americano relacionados à figura da agência líder	112
3.4.2 Os precursores da instituição da agência líder nos Estados Unidos	115
3.4.3 Atribuições e responsabilidades da agência líder	116
3.5 Alguns setores que adotam o modelo da agência líder nos Estados Unidos	117
3.5.1 Setor de planejamento urbano: a USAC	117
3.5.2 Setores de transporte e de planejamento de trânsito: FHWA e FTA e o SAFETEA-LU	119
3.5.3 Objetivos regulatórios do SAFETEA-LU	119
3.5.4 Participação da sociedade no processo de avaliação ambiental	121

3.5.5 Do mecanismo de formulação de propostas alternativa	121
3.5.6 A figura da joint lead agency no SAFETEA-LU	122
3.5.7 Atribuições e reponsabilidades específicas da agência líder conforme o SAFETEA-LU	123
3.5.8 As agências participantes no SAFETEA-LU	124
3.5.9 Procedimentos para a correta utilização de comentários e posicionamentos no âmbito do processo de avaliação ambiental	125
3.5.10 As agências de cooperação	126
3.5.11 Modelo de atuação da agência líder: o plano específico de coordenação	127
3.5.12 O procedimento de tomada de decisões no âmbito do SAFETEA-LU	129
3.5.13 O procedimento para resolução de conflitos no âmbito do SAFETEA-LU	129
3.5.14 O apoio financeiro público previsto no SAFETEA-LU	130
3.6 O modelo de agência líder do New York State Department Environmental Conservation	131
3.6.1 O State Environmental Quality Review (SEQR)	134
3.7 O modelo da agência líder na Austrália	140
3.8 O modelo da agência líder no Canadá	142
3.9 Agência líder binacional no setor de controle do espaço aéreo da América do Norte: o NORAD	146
CAPÍTULO 4	149
A MODELAGEM INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA LÍDER É COMPATÍVEL COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO?	149
4.1 A importância do método do direito comparado para o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais	150
4.2 O sistema jurídico da <i>common law</i> nos Estados Unidos	152
4.3 Pontos de convergência entre os sistemas da <i>common law</i> e da <i>civil law</i>	154
4.4 Aspectos do desenvolvimento do direito administrativo norte-americano	157
4.5 A agência líder sob as perspectivas do princípio da coerência e da reflexividade administrativa	160
4.6 Setores onde já existem arranjos institucionais no Brasil semelhantes ao da agência líder norte-americana	163
4.6.1 A Secretaria de Portos da Presidência da República e o modelo de coordenação dos portos e instalações portuárias	163
4.6.2 O Estado Maior Conjunto das Forças Armadas e a Operação Ágata	164
4.6.3 O Sistema Nacional de Mobilização (SINAMOB)	166
4.6.4 A Autoridade Pública Olímpica (APO)	169
4.7 As vantagens comparativas da adoção do instituto da agência líder no Brasil	170
4.7.1 O referencial teórico da análise comparativa: a racionalidade econômica	171
4.7.2 A importância da AED para a ciência jurídica	172
4.7.3 Operacionalizando o conceito de eficiência econômica	174
4.7.4 O problema das externalidades aplicado aos empreendimentos de infraestrutura	177

4.7.5 Os custos de transação e o Teorema de Coase	180
4.7.6 A busca da eficiência econômica com base no parâmetro do “nível ótimo de poluição” proposto por Coase	182
4.7.7 Seria possível o estabelecimento de um “custo de oportunidade ambiental” do empreendimento?	186
4.7.8 A redução dos custos econômicos dos empreendimentos de infraestrutura	187
4.7.9 Justificativas políticas e filosóficas para a adoção do modelo da agência líder.....	189
4.8 Análise das atuais proposições legislativas para alteração do processo de licenciamento ambiental brasileiro.....	190
4.9 O IBAMA possui o instrumental jurídico necessário para se tornar uma agência líder ambiental?	194
4.10 A aplicação pragmática do estudo do direito comparado: o aperfeiçoamento do direito nacional	199
4.11 A introdução do instituto da agência líder no Brasil	201
4.12 A adoção do modelo de processo simplificado de avaliação ambiental norte americano.....	203
4.13 A avaliação do custo-benefício de se atribuir o regime jurídico de agência reguladora independente ao IBAMA	204
4.14 A adoção do modelo norte-americano de participação efetiva e qualificada para as comunidades indígenas brasileiras.....	204
4.15 A criação de associações específicas para os potencialmente afetados por empreendimentos de infraestrutura como forma de superar o problema da sub-representação dos mesmos	209
4.16 A adoção de uma política pública de fomento à criação de <i>think tanks</i> para o setor ambiental.....	212
4.17 O estabelecimento de prazos preclusivos para manifestação dos “órgãos envolvidos” no processo de licenciamento de empreendimentos.....	213
4.18 A criação de um procedimento de solução consensual de conflitos dentro do processo de licenciamento ambiental brasileiro.....	217
CONCLUSÃO	220
BIBLIOGRAFIA	225

INTRODUÇÃO

A problemática da atuação *desconcertada* da Administração pública brasileira,¹ evidenciada pelas disfunções verificadas nos sistemas e processos² decisórios dos diversos setores que compõem sua estrutura, afeta diretamente a eficiência administrativa³ dos mesmos, além de produzir efeitos indesejáveis e prejuízos de natureza socioeconômica.

Entretanto, a análise da hipótese ligada às disfunções sistemáticas causadas pela atuação descoordenada da Administração pública no Brasil apresentava-se abrangente demais para caber nos estreitos limites de uma dissertação de mestrado.

Decerto, seria necessário um recorte para que fosse definido um arranjo institucional específico para análise dos efeitos e disfunções produzidos pela atuação desconcertada da Administração. Com este desiderato, escolhemos como ponto focal da presente dissertação o processo de licenciamento ambiental e administrativo dos empreendimentos de infraestrutura no país. A escolha se deve, primordialmente, a dois fatores. O primeiro, é a constatação de que os efeitos negativos e as disfunções produzidas pela forma descoordenada de atuação da Administração no processo de licenciamento ambiental, são bem mais evidentes do que em outros setores, fato este reconhecido não só pela academia, sendo consenso quase geral no

¹ Um pouco mais adiante estudaremos o que de fato representa a “atuação desconcertada da Administração” para o desenvolvimento do presente estudo (ver tópico 1.5.1).

² Ao utilizarmos a expressão “processo” estamos tratando da figura do processo administrativo, na concepção adotada no direito nacional, conforme as disposições do próprio texto constitucional e da lei geral de processo administrativo (Lei nº 9.784, de 1999). Nessa linha, Maria Sylvia Zanella di Pietro encara o instituto do processo administrativo como sendo “instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo” (cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2008, p.589). Celso Antônio Bandeira de Mello, estabelecendo distinção entre processo e procedimento, afirma que “a terminologia adequada para designar o objeto em causa é ‘processo’, sendo ‘procedimento’ a modalidade ritual de cada processo” (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p.455). Segundo Carlos Ari Sundfeld, “nos Estados Unidos a expressão ‘processo administrativo’ designa o processo realizado na Administração Pública (não na Justiça – tendo a expressão, portanto, uso diverso do usual na Espanha e em Países ibero-americanos). A função conceitual de processo administrativo para os norte-americanos é, portanto, equivalente à que tem procedimento administrativo para os espanhóis e os ibero-americanos” (cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *O direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp.297-298). No mais, não aderimos à corrente que entende que o termo “processo” deveria ser reservado à esfera jurisdicional, ou nos casos de controvérsias entre a Administração e o particular; pelo contrário, consideramos que toda atividade administrativa que demanda ao final uma decisão se desenvolve por meio do chamado processo administrativo, sendo indiferente para os referidos fins a existência, ou não, sequer de interesses contrapostos entre a Administração e o particular. Noutro sentido, Odete Medauar leciona que “procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. De outro lado, o processo implica além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sobre o prisma contraditório” (cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.185).

³ No Capítulo 4 buscaremos operacionalizar o conceito de eficiência administrativa, enfatizando seu aspecto econômico.

seio da própria burocracia estatal e para a opinião pública. O segundo motivo que levou a escolha da análise focada no processo de licenciamento administrativo e ambiental⁴ de empreendimentos de infraestrutura foi a maior disponibilidade e confiabilidade de dados e informações, bem como de estudos técnicos e acadêmicos sobre o setor.

Conforme previsto em nosso texto constitucional, constitui compromisso do Estado brasileiro a promoção do desenvolvimento econômico e a melhora da qualidade de vida da população⁵, o que demanda que sejam superadas as deficiências de infraestrutura, as quais, indubitavelmente, constituem fator decisivo do represamento do crescimento econômico do país.

No entanto, a proteção do meio ambiente deve ser vista como um valor constitucional tão importante quanto o desenvolvimento econômico, e não como um obstáculo ao progresso da nação.

Ocorre que, os empreendimentos de infraestrutura no Brasil demandam diversos tipos de autorizações e licenciamentos (administrativos e ambientais), emanados de inúmeros órgãos ou entidade do poder público, igualmente competentes para decidir, e fundadas em legislações diversas. Por conseguinte, a atuação descoordenada desses atores causa consideráveis prejuízos socioeconômicos, mormente em decorrência da demora na tomada de decisões, do rigorismo exacerbado no estabelecimento de requisitos e condicionantes ambientais, e do excesso de judicialização de questões afetas ao setor.

Assim, o tema-problema da presente dissertação consiste em buscar a melhor resposta jurídica para um problema propositivo, o qual está representado neste estudo pela seguinte indagação: Porque o processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil não pode ser considerado eficiente?

Para responder a essa indagação formulamos hipótese no sentido de que a principal causa da ineficiência do processo de licenciamento ambiental brasileiro é a atuação descoordenada dos órgãos e entidades da Administração, a qual decorre do policentrismo do Estado Regulador brasileiro. Destarte, consideramos que a falta de efetiva coordenação entre os órgãos e entidades do poder público competentes para participar do licenciamento de

⁴ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a licença é o "ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos", ao passo que a autorização administrativa é concebida como "ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo como regra, caráter precário". (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 18ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p.432). No presente estudo foi adotada essa mesma definição para a expressão "licenciamento". A construção e operação de empreendimentos de infraestrutura demanda a expedição de inúmeras autorizações e licenças administrativas pelo poder público, inclusive, as licenças e autorizações concedidas com base na legislação ambiental.

⁵ Vide artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

empreendimentos de infraestrutura acaba sendo o fator preponderante da ocorrência de disfunções no desenvolvimento do respectivo processo.

A questão da avaliação da eficiência do licenciamento ambiental no Brasil tem sido tratada pela bibliografia especializada de forma bastante crítica.

Segundo Rômulo Silveira da Rocha Sampaio:

“o modelo institucional regulatório ambiental no Brasil é ineficiente e não é capaz de proporcionar efetividade ao ordenamento jurídico do ambiente consagrado pela Constituição Federal de 1988. O modelo tem conformação mais política do que técnica. A natureza dessa fragilidade é institucional. Decorre do modelo adotado pela Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA)”.⁶

Para Paulo Ferreira o processo de licenciamento ambiental brasileiro tem sofrido muitos ataques, tanto pelo setor empresarial, quanto “pela sociedade civil e até por órgãos governamentais mais preparados administrativamente; ora tem sido acusado de discricionário; ora de incompetente, pela demora das decisões”.⁷

A Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE) elaborou um estudo com vistas a analisar as causas dos problemas que são objeto de generalizadas críticas em relação ao processo de licenciamento ambiental brasileiro, quais sejam: “a demora injustificada, as exigências burocráticas excessivas, as decisões pouco fundamentadas, a insensatez desenvolvimentista de empreendedores, a contaminação ideológica do processo”.⁸

Segundo Carlos Ari Sundfeld:

“Nos últimos tempos, o licenciamento ambiental surgiu nas conversas como um grande vilão, culpado até pelo baixo crescimento da economia. O próprio Presidente da República indicou-o, em discursos, como o principal obstáculo das grandes obras federais, para espanto dos ambientalistas, que entenderam o ataque como uma recusa dos compromissos do governo com as causas do setor. A desconfiança é possivelmente exagerada: mais uma vez o que se parece questionar é o modo da Administração (isto é, o DAC), não os

⁶ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Regulação ambiental. In: Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar/Org. Sergio Guerra. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2014, p.329.

⁷ FERREIRA, Paulo. O Sistema de licenciamento ambiental a o desafio econômico: proposta para o Estado de São Paulo. ed. rev. - São Paulo, 2010, p. 144 (Tese Doutorado - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo). Disponível em www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3147/Tese_Paulo_Ferreira.pdf> Acesso em 20 dez 2015.

⁸ Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Licenciamento ambiental. Brasília - junho de 2009. Disponível em: <http://www.robertounger.com/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em 20 dez de 2015. O referido documento foi elaborado à época da primeira gestão do então Ministro Roberto Mangabeira Unger à frente da SAE-PR. Com a edição do Decreto nº 8.578, de 26 de novembro de 2015 a SAE-PR foi extinta.

aspectos substanciais do Direito Ambiental. Ocorre que os agentes e órgãos públicos competentes, além de se arriscarem a punições se decidirem contra as normas (cujo conteúdo é sempre incerto...), nada ganham pela decisão eficiente, e acabam desenvolvendo práticas administrativas de autoproteção que formam o núcleo do DAC”.⁹

Na sequência, o desafio seguinte a ser vencido era encontrar a abordagem metodológica mais adequada à busca de uma resposta satisfatória ao tema-problema, bem como à análise da própria hipótese proposta.

Para se escolher uma perspectiva para analisar uma determinada conjuntura é necessário ter um referencial. Pode-se optar por uma perspectiva de longo prazo, com base no desempenho das instituições, ou trabalhar com o curto prazo, com foco no modelo atual.

Da mesma forma, podemos buscar respostas com base, por exemplo, no que a lei é, utilizando argumentos para produzir respostas, ou formular dúvidas dirigindo o pensamento para como a lei deveria ser. A primeira fórmula é conhecida como dogmática, sendo a segunda denominada zetética. A dogmática atua na linha da manutenção da ordem jurídica, ao passo que a zetética está potencialmente capacitada a produzir inovações nessa mesma ordem.

Neste estudo procurou-se desenvolver um trabalho utilizando precipuamente a zetética, o que consiste em acentuar o aspecto da pergunta, a iniciar um procedimento de indagação-pesquisa, onde os pontos de partida são opiniões postas em questão, portanto, problemas ou possibilidades estruturais como alternativas para as quais se busca uma solução visando-se a uma descrição teórica das questões.¹⁰ Sendo assim, indubitavelmente a presente pesquisa propositiva deverá ser considerada de *lege ferenda*, e voltada a uma perspectiva de longo prazo.

Foram estabelecidas metas específicas a serem cumpridas com a realização da pesquisa a que nos propusemos, a saber: descrever e analisar as disfunções do processo de licenciamento ambiental no Brasil; identificar suas causas; e buscar soluções com base no estudo comparativo com o modelo de governança do processo de avaliação ambiental adotado nos Estados Unidos.

A metodologia a ser adotada prevê a aplicação conjunta de técnicas diversas. Esse processo de triangulação da metodologia escolhida consistirá em análises empíricas quantitativas e qualitativas, corroboradas por estudo de caso, além da revisão da bibliografia

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Reforma do ensino jurídico: reformar o currículo ou modelo? In Cadernos FGVDireitoRio: Educação e Direito v.2 – Rio de Janeiro – Set de 2006, p.5

relacionada ao tema. Serão também utilizadas técnicas próprias do direito comparado. No mais, deixo consignado que durante o desenvolvimento deste estudo algumas conclusões foram extraídas por meio da utilização dos métodos indutivo ou dedutivo.

Por motivos didáticos, optamos por afastar do objeto de análise do presente estudo as questões relativas a desvios de conduta ou a atos de corrupção¹¹, as quais poderiam sempre ser apontadas como prováveis causas para as disfunções verificadas no processo de licenciamento ambiental brasileiro.

Uma boa parte das controvérsias em torno do processo de licenciamento ambiental no Brasil diz respeito a empreendimentos ligados ao setor elétrico, principalmente no que concerne à construção e operação de usinas hidrelétricas. Portanto, o referido setor conta com uma maior disponibilidade de dados sobre a questão do licenciamento ambiental, sendo esse o motivo para o estudo de caso recair sobre um empreendimento de construção de uma usina hidrelétrica.

Com o estudo de caso relacionado ao empreendimento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte pretende-se analisar as disfunções na modelagem do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura, com base em análises empíricas quantitativas específicas do setor elétrico brasileiro, as quais, como será demonstrado, geram atrasos, prejuízos socioeconômicos, e o excesso de judicialização das controvérsias entre os interessados.

Entretanto, ressalto que as conclusões extraídas do presente estudo, evidentemente, não se restringem apenas ao processo de licenciamento ambiental, podendo ser aplicadas em quaisquer outros arranjos institucionais com características semelhantes, no âmbito da Administração pública brasileira.

O resultado esperado com a revisão da bibliografia especializada consiste em apresentar o “estado da arte” referente ao tema da ineficiência do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil.

Serão também utilizadas técnicas próprias do direito comparado para formulação de nossa proposta de solução para o tema-problema. O estudo do direito comparado servirá como instrumento para o aperfeiçoamento da modelagem institucional do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil.

¹¹ Não constitui objeto deste estudo a análise de disfunções institucionais geradas por atos de improbidade ou corrupção, sejam praticados por políticos, agentes públicos ou particulares. Tais fatores eventualmente existentes em nosso sistema, cujas consequências são nefastas para o Estado e a sociedade, foram propositalmente abstraídos deste trabalho para permitir uma análise mais pura e objetiva do atual arranjo institucional do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil.

O modelo escolhido para análise comparativa é o adotado na governança do processo de avaliação ambiental nos Estados Unidos, o qual é baseado na coordenação interagências por meio da figura central da chamada *lead agency*, ou agência líder.

Propomos que sejam buscados alhures esses novos rumos com base na análise comparativa com o direito norte-americano, principalmente em razão das muitas semelhanças geográficas, demográficas, e de abundância de recursos naturais, entre os dois países, as quais demandam necessidades similares de implementação de infraestrutura.

Acresce o fato de que o direito administrativo brasileiro atual sofreu grande influência advinda do processo de “agencificação” do sistema jurídico norte-americano, o que culminou na criação de inúmeras agências reguladoras de setores específicos no Brasil, a partir de meados da década de 90 do século passado.

O referencial teórico para análise comparativa entre os modelos brasileiro e o norte-americano é a racionalidade econômica, a partir do qual será possível demonstrar as inúmeras vantagens da adoção do arranjo de governança institucional proveniente do direito estrangeiro.

Com efeito, o referencial teórico estará baseado na avaliação da eficiência econômica do desempenho das instituições; o que constitui mais um importante argumento para a escolha do sistema jurídico norte-americano para análise comparativa.

Conforme bem salientou Luiz Guilherme Schymura:

“Como nação mais poderosa do mundo em termos econômicos e geopolíticos, os Estados Unidos sempre foram um modelo natural para países emergentes que redesenham suas instituições em busca do desenvolvimento. (...) O princípio da eficiência econômica, por exemplo, está solidamente enraizado nas instituições dos Estados Unidos, e a ele sempre se pode recorrer numa disputa sobre dispositivos regulatórios. Políticas e medidas que consigam ter suporte no argumento de serem favoráveis à maior eficiência econômica e à alocação eficiente dos insumos são bastante resistentes a contestação na sociedade americana, incluindo o Judiciário”.¹²

Sendo assim, consideramos o tema-problema a ser pesquisado relevante e potencialmente inovador, não só para o direito administrativo, mas para todo o sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que possui originalidade, não só pela forma em que será abordado no presente trabalho acadêmico, como também em razão da proposta de solução

¹² SCHYMURA, Luiz Guilherme. Regulação e aspectos institucionais brasileiros. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar/ Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, pp.253-253

estar fundada na análise comparativa com o direito estrangeiro, por meio da aplicação de técnicas próprias do direito comparado.

No Capítulo 1 desta dissertação será contextualizado e delimitado o tema-problema, que corresponde à análise do questionamento referente aos motivos que levam à ineficiência do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil. Da mesma forma, será realizada neste Capítulo a revisão da bibliografia relacionada ao tema.

O Capítulo 2 trará um estudo de caso, objetivando trazer um exemplo concreto da referida problemática da falta de coordenação da Administração, consistente no licenciamento de um empreendimento de infraestrutura de grande porte do setor elétrico brasileiro, a construção e operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, localizada no Estado do Pará, dentro da área da Floresta Amazônica.

No Capítulo 3 será analisado comparativamente o modelo do processo de licenciamento brasileiro com o modelo do processo de avaliação ambiental norte-americano, baseado na cooperação interagências e na figura central da agência líder.

No Capítulo 4 será apresentada uma proposta de aperfeiçoamento da modelagem do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil. Serão também analisadas neste capítulo, à luz do referencial teórico, as vantagens e possibilidades da proposta, bem como estudados os setores que já possuem modelagens institucionais semelhantes à da agência líder no Brasil. Por fim, será discutido se o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) possui o instrumental jurídico necessário para se tornar uma agência líder federal do setor ambiental brasileiro.

Ao final, serão apresentados na Conclusão os resultados da revisão bibliográfica, das pesquisas e análises empíricas realizadas neste trabalho, bem como indicada a bibliografia referencial consultada.

CAPÍTULO 1

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DENTRO DA ORDEM ECONÔMICA NO ESTADO BRASILEIRO

1.1 O papel do Estado brasileiro na promoção do desenvolvimento econômico e na proteção do meio ambiente

O objetivo principal pretendido nesta dissertação é formular uma resposta satisfatória para o tema-problema relacionado à ineficiência do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil.

Destarte, a formulação das perguntas certas é absolutamente imprescindível ao sucesso de nossa empreitada, sendo esta a pretensão desta dissertação.

O primeiro questionamento a ser respondido é se o desenvolvimento econômico é uma prioridade para o Estado brasileiro, e se o setor de infraestrutura no Brasil é importante para o desenvolvimento econômico do país.

De acordo com o artigo 3º da Constituição República Federativa do Brasil de 1988, constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro os seguintes: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com efeito, não nos resta dúvida de que a garantia do desenvolvimento econômico é uma das prioridades fundamentais do Estado brasileiro. No entanto, no que consiste efetivamente o desenvolvimento econômico dos países?

Para Luiz Carlos Bresser-Pereira o desenvolvimento econômico de um país ou estado-nação consiste no:

“processo de acumulação de capital e incorporação de progresso técnico ao trabalho e ao capital que leva ao aumento da produtividade, dos salários, e do padrão médio de vida da população. A medida mais geral de desenvolvimento econômico é a do aumento da renda por habitante porque esta mede aproximadamente o aumento geral da produtividade; já os níveis comparativos de desenvolvimento econômico são geralmente medidos pela renda em termos de PPP (purchasing power parity) por habitante porque a renda ou produto do país corrigido dessa maneira avalia melhor a capacidade média de consumo da população do que a renda nominal. Há casos, entretanto, especialmente nos países produtores de petróleo, que renda per capita não reflete em absoluto o nível de produtividade e de desenvolvimento econômico de um país. Uma alternativa é o índice de desenvolvimento humano, que foi um importante avanço na avaliação do desenvolvimento econômico mas não substitui as duas rendas por habitante anteriores, antes as complementa. O desenvolvimento econômico supõe uma sociedade capitalista organizada na forma de um estado-nação onde há empresários e trabalhadores, lucros e salários, acumulação de capital e progresso técnico, um mercado coordenando o sistema econômico e um estado regulando esse mercado e complementando sua ação coordenadora”.

13

Noutro sentido, afirmando que só pode haver desenvolvimento econômico sob a égide do princípio da redistribuição, Calixto Salomão Filho leciona que:

“O resultado mais saliente e incontestável da análise histórico estrutural é a convicção de que nos países subdesenvolvidos, alterações de demanda e não alterações no processo produtivo são os grandes elementos propulsores do crescimento. Conseqüentemente, não há justificativa para centrar a filosofia regulatória em torno da eficiência. Ela deve necessariamente ser direcionada precipuamente à redistribuição, única forma de expandir, de forma estruturada e linear, o consumo pela sociedade. Ao fazê-lo, elimina também as ineficiências alocativas da concentração do conhecimento econômico, na medida expande a base de coleta de dados sobre preferências individuais. É óbvio, e quase que dispensa menção, o fato de que muito mais do que instrumento para o desenvolvimento a ideia de redistribuição integra o próprio conceito de desenvolvimento. É filosoficamente impensável e historicamente errôneo imaginar que é possível dissociar desenvolvimento econômico e distribuição de seus frutos. O mesmo deve ser dito em relação ao segundo princípio. Trata-se da diluição dos centros de poder econômico e político e a consequente difusão de informações e conhecimento por toda a sociedade. Reconhecida como grande foco de dependência, para os dependentistas em função da ligação dos centros políticos de poder da periferia ao poder dos países centrais e para os estruturalistas em função da tendência estrutural à manutenção e concentração da riqueza nos setores ligados ao poder econômico, sem

¹³ Bresser-Pereira, Luiz Carlos. Crescimento e desenvolvimento econômico. Notas para uso em curso de desenvolvimento econômico na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2008, p.1. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2007/07.22.CrescimentoDesenvolvimento.Junho19.2008.pdf>>

difusão pela economia e sem produção de efeito multiplicador, a definição dos centros de poder assume valor central em qualquer política desenvolvimentista. Finalmente, o terceiro princípio é o estímulo à cooperação. Não parece haver dúvida que para que a esfera econômica possa se autocontrolar, com certo grau de independência da esfera política é necessária a introdução de princípios cooperativos na esfera econômica e eliminação do individualismo exacerbado. Além disso, estruturas cooperativas também têm um efeito positivo sobre o processo de difusão de conhecimento, na medida em que, como se verá, permitem comparações interpessoais de utilidade diretas. Embora a comparação simplifique o significado dos princípios, deve ser dito que a redistribuição, difusão do poder econômico e cooperação são úteis e necessárias ao desenvolvimento e à democracia econômica, bem como os princípios universais do direito ao voto (de cada pessoa, um voto) e a transparência política são importantes para a democracia política e constitucional”.¹⁴

Estabelecendo uma relação direta existente entre o arcabouço jurídico e o desenvolvimento econômico dos países, Diogo R. Coutinho ressalta que:

“Não é nada trivial, porém, avançar na identificação das causalidades existentes entre o arcabouço jurídico e o desenvolvimento. Ao longo da história, o direito, incrustado em políticas econômicas e sociais, desempenhou distintos papéis na promoção de objetivos públicos, nem todos eles frutos de ações ou processo conscientes. As experiências e trajetórias nacionais (no caso brasileiro, ao longo do século XX) ilustram fases em que normas jurídicas foram intensamente empregadas pelo Estado para promover a modernização, o crescimento, a regulação da economia e a industrialização. No período neoliberal, seu papel predominante foi impor limites ao poder público em nome da segurança e da previsibilidade econômica”.¹⁵

Apresentando uma visão institucionalista acerca do desenvolvimento econômico de longo prazo, Douglas C. North lança as seguintes considerações sobre o tema:

“Las organizaciones políticas modelan el desempeño económico porque definen e implantan las reglas económicas. Por tanto, parte fundamental de una política de desarrollo es la creación de organizaciones políticas que a su vez crean y hacen cumplir los derechos de propiedad eficientes. Sin embargo, sabemos muy poco sobre cómo crear esas organizaciones políticas porque la nueva economía política (la nueva economía institucional aplicada a la política) ha estado mayormente enfocada en los Estados Unidos y organizaciones políticas desarrolladas. Una línea de investigación apremiante es moldear las organizaciones políticas del Tercer Mundo y de Europa del Este. Sin embargo, el análisis anterior tiene algunas

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 15-42, jan./mar, 2003.

¹⁵ COUTINHO, Diogo R. O direito no desenvolvimento econômico. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 31-34, jul./set. 2012.

*implicaciones: i) las instituciones políticas serán estables sólo si son apuntaladas por organizaciones que estén comprometidas con su perpetuación; ii) para lograr una reforma exitosa, tanto las instituciones como los sistemas de creencias deben cambiar, ya que son los modelos mentales de los actores los que darán forma a las decisiones; iii) el desarrollo de normas de comportamiento que den soporte y legitimen nuevas reglas es un proceso largo, y a falta de estos mecanismos de reforzamiento, las organizaciones políticas tenderán a ser inestables; iv) mientras que el crecimiento económico puede darse en el corto plazo con regímenes autocráticos, el crecimiento de largo plazo implica el desarrollo del Estado de derecho; v) en ocasiones, las limitaciones informales (normas, convenciones y códigos de conducta) que favorecen el crecimiento producen crecimiento económico incluso con normas políticas inestables o adversas. La clave es el grado en que se imponen esas normas adversas. La clave para el crecimiento de largo plazo es la eficiencia de adaptación más que la de distribución. Los sistemas políticos y económicos de éxito han desarrollado estructuras institucionales flexibles que pueden sobrevivir a las sacudidas y cambios que son parte del desarrollo próspero. Pero estos sistemas han sido producto de una larga gestación. No sabemos cómo crear eficiencia de adaptación en el corto plazo”.*¹⁶

Destarte, a despeito de considerarmos que todos os aspectos apontados acima fazem parte do poderíamos chamar de conceito amplo de desenvolvimento econômico, para os fins deste estudo utilizaremos a concepção institucionalista de Douglas C. North na análise do arranjo institucional do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura, com vistas a encontrar o modelo jurídico mais adequado à promoção do desenvolvimento econômico de longo prazo.

Dito isso, passemos ao estudo da forma como se encontra instituída a ordem econômica constitucional no Brasil.

Conforme prevê o artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), na redação dada pela Emenda Constitucional nº 42¹⁷, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados os princípios norteadores da soberania nacional (inc.I); da propriedade privada (inc. II); da função social da propriedade (inc.III); da livre concorrência (inc.IV); da defesa do consumidor (inc.V); da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (inc. VI); da redução das

¹⁶ NORTH, Douglas C. Desempenho econômico ao longo dos anos. Palestra ministrada por North ao receber o Prêmio Nobel em Ciências Econômicas, em Estocolmo, Suécia, em 9 de dezembro de 1993 (tradução do inglês para o espanhol: Yanez Herzonía). Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/north-nobel.htm>> Acesso em: 09 jan 2016.

¹⁷ A Emenda Constitucional nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003, promoveu alterações no Sistema Tributário Nacional, bem como alterou a redação do inciso VI do artigo 170 da CRFB.

desigualdades regionais e sociais (inc.VII); da busca do pleno emprego (inc.VIII); e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (inc.IX).

Para André Ramos Tavares:

“o art.170 da Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre iniciativa, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativa, devendo ser respeitados e observados por todos os ‘Poderes’, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios”.¹⁸

A ordem econômica apresenta-se como um conceito ambíguo; ao mesmo tempo em que consiste em parcela da ordem jurídica, deve ser entendida também como um sistema de princípios e regras que “compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social”.¹⁹

Segundo Vital Moreira, citado por Eros Grau, a expressão ordem econômica apresenta as seguintes concepções, *ipsis litteris*:

“em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é um temo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da

¹⁸ TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.43.

ação econômica; em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem jurídica da economia”.²⁰

Tratando do modelo constitucional brasileiro para o sistema econômico, também chamado de Constituição Econômica, Marçal Justen Filho afirma que:

“A Constituição de 1988 consagrou o princípio da subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico. Estabeleceu sistema capitalista, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na restrição da intervenção do Estado no domínio econômico”.²¹

Ainda segundo Marçal Justen Filho:

“o regime jurídico contido na Ordem Econômica da CF/88 tem natureza instrumental, relativamente à realização de valores fundamentais consagrados naquele diploma. As regras específicas acerca de intervenção do Estado no domínio econômico, livre iniciativa e outros institutos refletem uma certa consideração acerca da forma de realizar os valores fundamentais”.²²

De acordo com o artigo 174 da CRFB, o Estado, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, “exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”, cabendo à lei estabelecer “as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

Assim, podemos concluir, seguramente, que o desenvolvimento econômico é um objetivo fundamental do Estado brasileiro.

Na sequência, devemos questionar se a proteção ao meio ambiente é um valor que deve caminhar junto com o desenvolvimento econômico, e se esses dois fatores têm sido tutelados e operacionalizados de forma eficiente pelo Estado brasileiro.

Nesse particular, Eros Roberto Grau leciona que:

²⁰ Ibidem, pp.49-50.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p.307.

²² Ibidem, p.319.

“o princípio da ordem econômica constitui também a defesa do meio ambiente (art.170, VI). Trata-se de princípio constitucional impositivo (Canotilho), que cumpre também, assim, a feição de diretriz (Dworkin) – norma-objeto – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas”.²³

No que concerne à diretriz específica da proteção do meio ambiente, o artigo 225 da CRFB, preceitua que ‘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’.

Ainda segundo Eros Roberto Grau:

“O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art.225, caput. O desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico”.²⁴

Destarte, não há que se olvidar de que os compromissos constitucionais do desenvolvimento econômico e social e da proteção do meio ambiente encontram-se imbricados de tal forma no sistema jurídico brasileiro que, como irmãos siameses, um não se concretiza, conforme previsto na Lei Fundamental, se afastar-se do outro.

Os objetivos regulatórios do Estado em relação à ordem econômica encontram-se expressamente elencados e suficiente claros no texto constitucional, especialmente no que toca à proteção do meio ambiente.

Para Gilberto Montibeller-Filho:

“o tema “crescimento e sustentabilidade” refere-se de fato à relação entre o crescimento econômico, o reflexo positivo deste na qualidade de vida da população e o cuidado com o meio ambiente. Trata-se, portanto, da

²³ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5ª ed. São Paulo: Malheiros: 2000, p.265.

²⁴ Idem.

sustentabilidade econômica, conjuntamente à social e à ambiental, isto é, da essência do paradigma do desenvolvimento sustentável”.²⁵

Essa imbricação entre o desenvolvimento econômico nacional e a proteção ao meio ambiente demanda, entretanto, que pensemos em uma concepção de crescimento econômico sustentável.

Marli T. Deon Sette, enfatizando o aspecto da sustentabilidade do desenvolvimento econômico, afirma que:

“Apesar da imprecisão em nível teórico, desenvolvimento sustentável traduz-se na possibilidade de atender as necessidades do presente sem que haja comprometimento para que as gerações futuras possam atender suas próprias necessidades. O objetivo principal do curso do desenvolvimento sustentável é harmonizar a dicotomia ‘crescimento e meio ambiente’ com trade-off eficiente, pois é necessário crescer e para isso é preciso produzir. Como qualquer forma de produção gera poluição para o meio ambiente, temos que fazer o crescimento de tal forma que não comprometa a possibilidade de eu as gerações futuras também possam dispor do meio ambiente equilibrado e sadio”.²⁶

O desenvolvimento econômico sustentável é aquele que harmoniza a conservação do meio ambiente com o uso racional dos recursos naturais. Da mesma forma, o desenvolvimento econômico sustentável precisa ser socialmente incluyente, além de dirigido à busca da redução das diferenças regionais.

Nesse particular, Raisia Lustosa de Oliveira e Ana Luisa Celino Coutinho ressaltam que:

“os fundamentos e objetivos adotados pelo Texto Constitucional demonstram a opção do legislador por um desenvolvimento econômico social incluyente, no sentido de dever favorecer a todos indiscriminadamente, bem como se apreende uma escolha ambientalmente sustentável quando é elencada a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica. Dessa forma, o Brasil enquanto Estado Democrático de Direito Ambiental adotou implicitamente em seu Texto Constitucional o desenvolvimento econômico sustentável, que, por sua natureza

²⁵ MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. Crescimento econômico e sustentabilidade. Revista Sociedade & Natureza, vol.19, n.1. Universidade Federal de Uberlândia, 2007. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/sociedadedenatureza/article/view/9343/5723>> Acesso em: 10 jan 2016.

²⁶ DEON SETTE, Marli T. - Direito Ambiental. São Paulo: MP editora, 2010, p.25.

principlológica, orienta e serve como fim a ser alcançado por meio da interpretação e da aplicação das normas econômicas e ambientais”.²⁷

Com efeito, se não há dúvida de que devemos privilegiar o aspecto da sustentabilidade do desenvolvimento, da mesma forma parece-nos exigível que os recursos naturais sejam utilizados de forma racional e eficiente, para a consecução dos compromissos constitucionais ligados ao desenvolvimento econômico nacional. Em outras palavras, a outra face da moeda do desenvolvimento econômico sustentável é o estabelecimento das bases jurídicas para uma proteção ambiental eficiente.

Sem embargo, para serem alcançados avanços no desenvolvimento econômico, aliados a uma proteção ambiental eficiente, devemos pensar em novos institutos que propiciem um arcabouço jurídico que permita ao país ter condições de competir em um mundo globalizado, em que a concorrência pode estar dentro ou fora do mercado nacional, promovendo a redução dos custos de produção e a constante inovação tecnológica.

Nessa toada, não podemos perder de vista que a busca de novas formas de promover melhorias de infraestrutura é um objetivo cujo cumprimento é imprescindível ao incremento do desenvolvimento econômico do país. Atualmente no Brasil urge a necessidade inafastável do aumento de investimentos em infraestrutura, principalmente nos setores de transporte, escoamento da produção para exterior e geração de energia elétrica.

Nessa linha, a lição de Sérgio Guerra:

“ultrapassada a fase pós-privatização da década de 90, o cenário em que o Brasil se encontra aponta para a necessidade de significativos investimentos em infraestrutura e equipamentos administrativos para o desenvolvimento de atividades de interesse geral (estradas, ferrovias, hidrelétricas etc.). Com efeito, o país precisa dar prioridade à infraestrutura para a sustentação de um novo ciclo de desenvolvimento, notadamente com a vistas a fomentar o potencial de crescimento da atividade econômica, evitar gargalos em logística, impedir estrangulamentos no setor de energia, reduzir a probabilidade de impactos de eventuais choques de oferta, e viabilizar um crescimento harmônico de vários setores concomitantemente”.²⁸

²⁷ OLIVEIRA, Raísa Lustosa de; e COUTINHO, Ana Luisa Celino. O licenciamento ambiental e o desafio do desenvolvimento sustentável no Brasil. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6df_182582740607> Acesso em 3 Jan 2016.

²⁸ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.24.

No entanto, para que isso ocorra, em primeiro lugar, precisamos pensar em promover uma melhora regulatória²⁹ em relação a esses setores que envolvem empreendimentos de infraestrutura.

Segundo Osvaldo Agripino de Castro Junior:

“para que o Brasil seja potência econômica nas próximas duas décadas, é necessária a execução de um programa de governo voltado para a modernização do marco regulatório da infraestrutura, especialmente energia, portos, aeroportos e transportes, que atraia capitais privados para o setor. A fim de que tal cenário ocorra, é preciso boa regulação setorial. Mas antes disso, infraestrutura intelectual. É preciso, portanto, que cada coisa seja feita *suo tempore*. O debate logístico envolvendo as agências reguladoras e as demandas de cada setor regulado ainda é muito pequeno. O debate, quando há, é muito setorizado e com baixo grau de pressão sobre o poder público”.³⁰

Decerto, no atual estágio em que o país vive hoje, devemos repensar e reformular categorias e institutos jurídicos de concepção clássica que balizam o atuar da Administração³¹, objetivando o aperfeiçoamento da estrutura administrativa do Estado.

Assim, indubitavelmente, além do aperfeiçoamento dos marcos regulatórios setoriais, uma reavaliação do processo de licenciamento ambiental no Brasil faz-se mister para que sejam identificadas as disfunções existentes no atual modelo, levando em conta seus efeitos em relação às atividades produtivas do país.

Entretanto, tem razão Roberto Naime ao afirmar que somente após um diagnóstico sistemático do processo de licenciamento ambiental brasileiro “será possível propor soluções e alternativas para o equacionamento dos pontos críticos, por meio de ações políticas, institucionais e técnicas. Isto implica em solucionar gargalos de infraestrutura e propor mecanismos de capacitação de recursos humanos”.³²

Nesse desiderato, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) produziu um estudo acerca do aprimoramento do licenciamento ambiental brasileiro. De acordo com o introito do referido documento:

²⁹ Segundo Carlos Ragazzo, melhora regulatória ou *better regulation* “não é mais nem menos regulação, mas sim uma atuação governamental com foco em resultados. Para chegar ao ponto de equilíbrio do pêndulo (entre mais ou menos regulação), é indispensável uma metodologia de avaliação que permitisse comparar custos e benefícios; daí o relatório de impacto regulatória” (CF. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.205).

³⁰ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito, regulação e logística. ed. Forum, 2015.

³¹ GUERRA, Sergio. Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013, p.25.

³² NAIME, Roberto. O licenciamento ambiental. In: Portal EcoDebate. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2015/02/03/o-licenciamento-ambiental-artigo-de-roberto-naime/>>. Acesso em 4 jan 2016.

“Em um mundo globalizado, o Brasil precisa se referenciar em outras nações para que possa competir em iguais condições na economia nacional e global. Para que tenha condições de competir, o Brasil deverá reduzir seus custos de produção e desenvolver capacidade de inovação tecnológica, além superar gargalos estruturais, como os da área de infraestrutura de transportes, o que só será possível com a eficiência do processo de licenciamento ambiental”.³³

Não ousamos olvidar que o princípio da proteção ao meio ambiente conforma os demais princípios que compõem a ordem econômica, de acordo com o preceituado no texto constitucional. Entretanto, da mesma forma, consideramos estreme de dúvidas que o princípio da proteção ao meio ambiente, ao tempo em que conforma toda a ordem econômica, é também conformado por ela; e, com o mesmo vigor e proporção em que informa a aplicação dos outros princípios da ordem econômica, é igualmente informado por eles.

Ao tratar do embate entre a força normativa da Constituição e a realidade histórica, Konrad Hesse assevera que:

“a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade, Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen)”.³⁴

Nesse particular, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a construção de empreendimentos que visem ao desenvolvimento econômico e social não é incompatível com a proteção ao meio ambiente.³⁵

³³ Proposta da indústria para o aprimoramento do licenciamento ambiental. Confederação Nacional da Indústria. Brasília. 2013. Disponível em <<http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00003693.pdf>> Acesso em 3 Jan 2016.

³⁴ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. (tradução: Gilmar Ferreira Mendes) – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.24 (título original: *Die normative Kraft der Verfassung*).

³⁵ O Supremo Tribunal Federal ao julgar o caso do licenciamento do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional decretou que: “o meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente.” (ACO 876-MC-AgR, rel. min. Menezes Direito, julgamento em 19-12-2007, Plenário, DJE de 1º-8-2008).

Ante o exposto, parece-nos seguro assumir a tese de que o princípio da proteção ao meio ambiente deve caminhar *pari passu* com outros princípios que integram a ordem econômica, principalmente os concernentes ao desenvolvimento econômico, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego; e, dessa forma, deve passar a ser concebido, interpretado e aplicado aos casos concretos que porventura venham a ocorrer.

1.2 O licenciamento ambiental no Brasil como instrumento de proteção ao meio ambiente e de promoção do desenvolvimento econômico

Conforme vimos no tópico anterior, os objetivos regulatórios do Estado brasileiro ligados à promoção do desenvolvimento econômico e social e à qualidade de vida das pessoas são indissociáveis das atividades de proteção do meio ambiente e conservação dos recursos naturais.

Aparentemente comungando do mesmo entendimento, Eros Roberto Grau assevera que:

“o princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna”.³⁶

Por tais razões, a apresentação de estudo prévio de impacto ambiental para fins de licenciamento de empreendimentos com potencial para causar significativa degradação do meio ambiente constitui uma exigência legal e ao mesmo tempo um compromisso constitucional do Estado de zelar pela proteção dos recursos naturais. Acresce que, não podemos perder de vista que a CRFB de 1988 é uma Carta Política programática, compromissória³⁷ ou dirigente³⁸.

³⁶ GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 265-266.

³⁷ Para Marcelo Novelino, a constituição programática ou dirigente “se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total” (Cf. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 113)

³⁸ Sem embargo, segundo Fábio de Oliveira, o professor português Joaquim José Gomes Canotilho, autor da teoria da constituição dirigente, reviu sua posição original, em razão das alterações promovidas no texto da Constituição de Portugal

Nessa toada, não há dúvida de que o licenciamento ambiental é o principal instrumento de atuação do Estado brasileiro na atividade de proteção ao meio ambiente. Por conseguinte, o aperfeiçoamento das avaliações técnicas ambientais e a eficiência do processo de licenciamento ambiental não pode deixar de ser prioridade para o poder público.

Nas palavras de Roberto Naime:

“o licenciamento ambiental é sem dúvida o mais importante instrumento a disposição da sociedade para viabilizar o desenvolvimento com proteção ambiental sadia que mantenha a qualidade de vida de todos e garanta a passagem a um estágio de desenvolvimento sustentável, que inclua eficiência econômica, equidade social e preservação ambiental. Somente a atividade de licenciamento ambiental, de forma ativa e participativa e não apenas meramente burocrática, administrativa ou chancelatória, pode garantir adequada implantação, ampliação e regularização de atividades produtivas”.

A legislação básica de regência do processo de licenciamento ambiental no Brasil encontra-se estabelecida conforme as disposições contidas na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como nas Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 001/86 e nº 237/97.

A Lei nº 6.938/1981, editada com fundamento no art. 8º, item XVII, alíneas ‘c’, ‘h’ e ‘i’, da Constituição Federal de 1967/1969, estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Naturais (CTF/APP)³⁹, além de outros instrumentos de defesa ambiental.

Com fundamento no artigo 84, incisos IV e VI, da CRFB, foi editado o Decreto nº 99.274, em 06 de junho de 1990, objetivando regulamentar as disposições contidas na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e explicitando a Política Nacional do Meio Ambiente. O referido ato regulamentar trata também da criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, previstas na Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981.

de 1976, tendo passado a entender que uma Constituição não poderia de fato dirigir os destinos de um Estado (Cf. OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.28, 2005, pp.195-228)

³⁹ O Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais é o registro obrigatório de pessoas físicas e jurídicas que realizam atividades que, em razão de lei ou regulamento, são passíveis de controle ambiental. Fonte: CTF/APP. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/perguntas-frequentes/cadastro-tecnico-federal-de-atividades-potencialmente-poluidoras-ou-utilizadoras-de-recursos-naturais-ctf/app>> Acesso em: 10 jan 2016.

Por meio da Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986, o Conselho Nacional do Meio Ambiente, com fulcro no artigo 48 do Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983, estabeleceu as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.⁴⁰

De acordo com o disposto no artigo 1º da Resolução CONAMA nº 001/1986, configura impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, venham a afetar: a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; e a qualidade dos recursos ambientais.

Além da definição de impacto ambiental, a referida resolução traz também um rol exemplificativo de atividades que reclamam a elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).⁴¹

A Resolução CONAMA nº 237⁴², editada em 19 de dezembro de 1997 com fundamento na Lei nº 6.938/1981 e no Decreto nº 99.274/1990, promoveu a revisão dos procedimentos e critérios utilizados no processo de licenciamento ambiental, de forma a efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental,

⁴⁰ Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html> > Acesso 20 set 2015

⁴¹ Resolução CONAMA nº 001/1986: “Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento;

II - Ferrovias;

III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos;

IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso 1, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66;

V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários;

VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV;

VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques;

VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão);

IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração;

X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;

XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW;

XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos);

XIII - Distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI;

XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental;

XV - Projetos urbanísticos, acima de 100 ha ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;

XVI - Qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia”.

⁴² Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>.

estabeleceu a definição de licenciamento ambiental, indicando os espécies de licença, e os critérios para o exercício da competência para o licenciamento, dentre outras coisas.⁴³

De acordo com o disposto no artigo 10 da Resolução CONAMA nº 237/1997, existem três tipos de licença ambiental, a saber: a) a Licença Prévia (LP), que deverá ser requerida ainda na fase de planejamento, para atestar a viabilidade ambiental do projeto e autorizar sua localização e concepção tecnológica, estabelecendo as condições a serem consideradas no desenvolvimento do projeto executivo; b) a Licença de Instalação (LI), a qual autoriza o início da obra ou instalação do empreendimento, cujo prazo de validade é estabelecido conforme o cronograma de instalação do projeto ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos; e c) a Licença de Operação (LO), a qual autoriza o início da operação do empreendimento, estando sua concessão condicionada à vistoria *in loco* e à verificação do cumprimento das condicionantes estabelecidas na LP e na LI, e das exigências e detalhamentos técnicos descritos no projeto aprovado. O prazo de validade da LO poderá ser estabelecido de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. Para a instalação de empreendimentos que importem no desmatamento de áreas, além da LI é exigida também a chamada Autorização de Supressão de Vegetação (ASV).

Durante um bom tempo, a questão relativa à fixação da competência para processar e expedir o licenciamento ambiental entre os entes da federação foi motivo de sérias controvérsias.

Nos termos do artigo 23, inciso VI e VII, da CRFB, constitui competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”; e “preservar as florestas, a fauna e a flora”.

De acordo com preceituado pelo inciso VI, do artigo 24 da CRFB, constitui competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre: “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”.

⁴³ De acordo com as definições contidas no artigo 1º da Resolução CONAMA nº 237/1997: O licenciamento ambiental é 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”; a licença ambiental é “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”; e os estudos ambientais “são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.”

Um texto aberto e fluído como o dos referidos dispositivos constitucionais acima demanda minuciosa regulamentação infraconstitucional, sob pena de causar inúmeras controvérsias em sua interpretação, como de fato ocorreu.

Com o desiderato de colocar um ponto final na citada celeuma, foi editada em 8 de dezembro de 2011 a Lei Complementar nº 140, a qual estabeleceu regras mais precisas para a fixação da competência no que concerne ao licenciamento ambiental, tendo como critério básico de definição de competência a localização do empreendimento.

Conforme dispõe o artigo 7º, inciso XIV, do referido diploma legal, compete à União promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: (1) localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe, no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, em terras indígenas, em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em áreas de proteção ambiental (APA), ou dois ou mais Estados; (2) “de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999”; (3) “destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN)”; e (4) “que atendam a tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir da proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento”.

O Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015, regulamentou o disposto no artigo 7º, inciso XIV, alínea “h”, e parágrafo único, da LC nº 140/2011, estabelecendo as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será da competência da União.⁴⁴

⁴⁴ De acordo com o artigo 3º do Decreto nº 8.437/2015: “serão licenciados pelo órgão ambiental federal competente os seguintes empreendimentos ou atividades:

I - rodovias federais:

a) implantação;

b) pavimentação e ampliação de capacidade com extensão igual ou superior a duzentos quilômetros;

c) regularização ambiental de rodovias pavimentadas, podendo ser contemplada a autorização para as atividades de manutenção, conservação, recuperação, restauração, ampliação de capacidade e melhoramento; e

d) atividades de manutenção, conservação, recuperação, restauração e melhoramento em rodovias federais regularizadas;

II - ferrovias federais:

a) implantação;

b) ampliação de capacidade; e

c) regularização ambiental de ferrovias federais;

III - hidrovias federais:

a) implantação; e

A LC nº 140 estabeleceu também, em seus artigos 4º e 5º, instrumentos de cooperação institucional para serem utilizados pelos entes federativos no desenvolvimento das ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna, e da flora. Os referidos dispositivos legais possuem o seguinte teor:

“Art. 4º Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional: I - consórcios públicos, nos termos da legislação em vigor; II - convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal; III - Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal; IV - fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos; V - delegação de atribuições de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar; VI - delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar. § 1º Os instrumentos mencionados no inciso II do caput podem ser firmados com prazo indeterminado. § 2º A Comissão Tripartite Nacional será formada, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos. § 3º As Comissões Tripartites Estaduais serão formadas, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e dos Municípios, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos. § 4º A Comissão Bipartite do Distrito Federal será formada, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União e do Distrito Federal, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre esses entes federativos. § 5º As Comissões Tripartites e a Comissão Bipartite do Distrito Federal terão sua organização e funcionamento regidos pelos respectivos regimentos internos.

b) ampliação de capacidade cujo somatório dos trechos de intervenções seja igual ou superior a duzentos quilômetros de extensão;

IV - portos organizados, exceto as instalações portuárias que movimentem carga em volume inferior a 450.000 TEU/ano ou a 15.000.000 ton/ano;

V - terminais de uso privado e instalações portuárias que movimentem carga em volume superior a 450.000 TEU/ano ou a 15.000.000 ton/ano;

VI - exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos nas seguintes hipóteses:

a) exploração e avaliação de jazidas, compreendendo as atividades de aquisição sísmica, coleta de dados de fundo (piston core), perfuração de poços e teste de longa duração quando realizadas no ambiente marinho e em zona de transição terra-mar (offshore);

b) produção, compreendendo as atividades de perfuração de poços, implantação de sistemas de produção e escoamento, quando realizada no ambiente marinho e em zona de transição terra-mar (offshore); e

c) produção, quando realizada a partir de recurso não convencional de petróleo e gás natural, em ambiente marinho e em zona de transição terra-mar (offshore) ou terrestre (onshore), compreendendo as atividades de perfuração de poços, fraturamento hidráulico e implantação de sistemas de produção e escoamento; e

VII - sistemas de geração e transmissão de energia elétrica, quais sejam:

a) usinas hidrelétricas com capacidade instalada igual ou superior a trezentos megawatt;

b) usinas termelétricas com capacidade instalada igual ou superior a trezentos megawatt; e

c) usinas eólicas, no caso de empreendimentos e atividades offshore e zona de transição terra-mar”.

Art. 5º O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente. Parágrafo único. Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no caput, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas”.⁴⁵

O processo de licenciamento ambiental de uma atividade ou empreendimento possui as seguintes etapas: a) definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo correspondente à licença a ser requerida; b) requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, em relação aos quais é dada publicidade; c) análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias; d) solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; e) audiência pública, se for o caso, de acordo com a regulamentação pertinente; f) solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, se for o caso, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; g) a emissão de parecer técnico conclusivo e, caso necessário, de parecer jurídico; e, por fim, h) a decisão de deferimento ou indeferimento do pedido de licença, a qual também deverá ser dada publicidade.⁴⁶

Constituem documentos imprescindíveis à análise do processo de licenciamento ambiental: os estudos ambientais, o Projeto Básico Ambiental (PBA), o Termo de Referência Ambiental (TR) e os Termos de Referência Específicos (TRE).

Os estudos ambientais são análises técnicas ambientais referentes aos aspectos relacionados a localização, instalação, operação e ampliação de atividade ou empreendimento, apresentados como subsídio para a avaliação do processo de licenciamento.

⁴⁵ De acordo com o art.6º da LC nº 140, “as ações de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão ser desenvolvidas de modo a atingir os objetivos previstos no art. 3º e a garantir o desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais”.

⁴⁶ Resolução CONAMA nº 237/1997; art.10.

O PBA é o documento técnico elaborado com base nas conclusões dos estudos ambientais, contendo o cronograma executivo, plano de trabalho operacional, a definição das ações a serem desenvolvidas nas etapas de implantação e operação da atividade ou empreendimento e os indicadores ambientais de monitoramento.

O TR é o documento elaborado pelo IBAMA que consolida as conclusões dos TRE que são elaborados pelos demais órgãos e entidades envolvidos no processo de licenciamento ambiental. O TR estabelece o conteúdo necessário para a correta análise dos impactos ambientais da atividade ou empreendimento, incorporados os impactos referentes às respectivas áreas de competência dos demais órgãos e entidades envolvidos no licenciamento.

Dito isso, já temos condições de partir para uma análise crítica em relação aos atuais objetivos regulatórios do licenciamento ambiental, que parecem estar restritos à conservação e proteção do meio ambiente.

Como já exposto, em razão do compromisso do Estado brasileiro estabelecido pelo texto constitucional em relação à promoção do desenvolvimento econômico do país, o licenciamento ambiental precisa ser encarado também como instrumento desse desenvolvimento.

Destarte, urge que sejam ampliados os objetivos regulatórios do licenciamento ambiental brasileiro para além da conservação e proteção do meio ambiente, passando a abranger também o regramento de atividades próprias da iniciativa privada.

Nesse desiderato, o licenciamento ambiental tornar-se-ia um instrumento de regulação da atividade econômica por meio do estabelecimento não só de regras de proteção ambiental, como também de condução e planejamento, baseado em uma visão mais abrangente de seu espectro de atuação, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico do país.

A propósito, desde o fim da década de 60 do século passado, o sistema jurídico norte-americano, que será objeto de estudo comparativo no Capítulo 3 desta dissertação, já reconhecia como um dos objetivos regulatórios que norteiam sua legislação doméstica de proteção ambiental a promoção do desenvolvimento econômico, inclusive local e regional.

Nos Estados Unidos, a proteção do ambiente é efetivamente considerada na elaboração de políticas públicas em matérias de utilização de recursos naturais, saúde humana, crescimento econômico, energia, transporte, agricultura, indústria e comércio internacional. Da mesma forma, esses fatores são igualmente considerados no estabelecimento da política ambiental.⁴⁷

⁴⁷ Conteúdo extraído do site da *Environmental Protection Agency* (EPA) na Internet: <www.epa.gov>.

Sem sombra de dúvida, a forma como é vista a atividade de proteção do meio ambiente nos Estados Unidos contribui para tornar os diversos ecossistemas e comunidades economicamente produtivos e sustentáveis.⁴⁸

Tomemos o exemplo da *New York State Department of Environmental Conservation* (DEC), a agência ambiental do Estado de Nova York, cujo missão institucional consiste em realizar programas de conservação, proteção e uso eficiente dos recursos naturais, bem como prevenir e reduzir a poluição do ar, terra e água, com fim de melhorar a saúde, a segurança e o bem-estar social do povo e o desenvolvimento econômico do Estado.⁴⁹

Por fim, bem analisadas a estrutura normativa e as perspectivas acerca dos objetivos regulatórios do licenciamento ambiental brasileiro, passaremos ao estudo das disfunções encontradas em sua atual modelagem processual.

1.3 As disfunções encontradas no processo de licenciamento ambiental brasileiro

Conforme já visto anteriormente, a promoção do crescimento econômico e a melhora da qualidade de vida da população constitui um compromisso do Estado brasileiro previsto de forma explícita na Lei Fundamental.

Com efeito, o desenvolvimento econômico deve ser encarado como um valor tão importante quanto a conservação e proteção ao meio ambiente, mormente no tocante à melhora da qualidade de vida das pessoas. De forma alguma deve a atividade de proteção do meio ambiente ser considerada um obstáculo ao desenvolvimento econômico do país. Pelo contrário, devemos pensar no licenciamento ambiental como um instrumento de concretização do desenvolvimento econômico sustentável.

Sem embargo, conseguir superar os gargalos estruturais, como os de infraestrutura de transportes e de geração e transmissão de energia elétrica, também constitui fator determinante para a promoção do crescimento econômico e melhora da qualidade de vidas das pessoas.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Texto original: "*Mission: "To conserve, improve and protect New York's natural resources and environment and to prevent, abate and control water, land and air pollution, in order to enhance the health, safety and welfare of the people of the state and their overall economic and social well-being".* Fonte: Dec's mision. Disponível em: <<http://www.dec.ny.gov/24.html>> Acesso em 6 Jun 2015. A referida agência ambiental estadual será objeto de estudo específico no Capítulo 3.

Destarte, faz-se mister a revisão e aperfeiçoamento do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura, dada a imprescindibilidade desse instrumento jurídico ao atendimento e operacionalização dos altaneiros valores da promoção do desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente pelo Estado brasileiro.

Com esse desiderato, deve-se “discutir e avaliar de forma sistêmica o processo de licenciamento ambiental, com a finalidade de identificar os pontos críticos dos procedimentos em vigor e dimensionar suas implicações nas atividades produtivas”.⁵⁰

O licenciamento ambiental no Brasil é estruturado de forma complexa; envolvendo, em regra, a participação de inúmeros órgãos governamentais e agências reguladoras setoriais.

Não obstante, o processo de licenciamento é caracterizado pela falta de coordenação entre os referidas agências e órgãos governamentais igualmente competentes para tomar decisões, o que ocasiona insegurança jurídica, demora na tomada de decisões, retrabalho e, eventualmente, o estabelecimento de exigências e requisitos redundantes, por parte de dois ou mais órgãos governamentais.

As críticas ao processo de licenciamento ambiental no Brasil apresentam-se de modo generalizado. Ao mencionar tais críticas, Roberto Naime ressalta que:

“Os empreendedores se queixam dos prazos de licenciamento, da falta de procedimentos simplificados para os processos, dos custos elevados, da falta de sistemas de informação melhor organizados e da falta de validação para os sistemas de desempenho ambiental. E por último ainda listam entraves institucionais gerados pela ausência de planejamentos de uso territorial pois muitas vezes os planos diretores municipais não satisfazem estas necessidades pois são limitados no espaço”.⁵¹

Na visão dos empresários do setor de indústrias, as principais deficiências relacionadas ao processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil são a “morosidade, a complexidade e a imprevisibilidade”, sendo, portanto, “imprescindível que haja revisão e aperfeiçoamento da operacionalização do licenciamento ambiental, de modo a conferir maior celeridade, racionalidade e eficácia ao processo”.⁵²

Em muitos casos, como já mencionado, os patrocinadores de empreendimentos têm de se reportar a duas ou mais agências ou órgãos governamentais, estando sujeitos ao cumprindo

⁵⁰ NAIME, Roberto. O licenciamento ambiental. In Portal EcoDebate. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2015/02/03/o-licenciamento-ambiental-artigo-de-roberto-naime/>>. Acesso em 4 jan 2016.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

de requisitos e condicionantes ambientais sobrepostas, eventualmente redundantes, e, até mesmo, contraditórias.

Ademais, atrasos na concessão do licenciamento ambiental e, conseqüentemente, na construção e operação comercial de empreendimentos geram a elevação dos custos econômicos dos mesmos.

Acresça-se a isso o fato de que o aumento dos custos dos empreendimentos de infraestrutura, ocasionado pela atual estrutura burocrática do processo de licenciamento ambiental, afeta o crescimento econômico do país, surtindo efeitos negativos no custo de vida e bem-estar da população brasileira.

Destarte, de acordo com a bibliografia analisada, ao que parece as principais disfunções do licenciamento de empreendimento de infraestrutura no Brasil são a demora na tomada de decisões e na conclusão do processo e a fixação de requisitos e condicionantes ambientais excessivamente rigorosas, sobrepostas ou impertinentes.

1.4 Metodologia da análise empírica das disfunções do licenciamento ambiental

No tópico anterior, a princípio, foram identificadas como principais disfunções do licenciamento de empreendimento de infraestrutura no Brasil as seguintes: a) o estabelecimento de requisitos e condicionantes ambientais excessivas, sobrepostas ou impertinentes, por parte dos órgãos competentes, e b) a demora na tomada de decisões e na conclusão do processo.

A apontada disfunção relativa à demora na tomada de decisões e na conclusão do processo de licenciamento será avaliada e testada pela análise empírica quantitativa, com base em dados estatísticos.

A disfunção concernente ao estabelecimento de requisitos e condicionantes ambientais excessivas, sobrepostas ou impertinentes, por sua vez, poderá vir a ser demonstrada pela realização de uma análise empírica qualitativa por meio de resultados de pesquisas e entrevistas realizadas com profissionais ligados ao setor ambiental.

Para realização das referidas análises empíricas elegemos como fontes básicas de consulta, em razão de sua disponibilidade e confiabilidade, pesquisas e estudos realizados sobre o tema pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito da Fundação

Getúlio Vargas de São Paulo, pela Confederação Nacional da Indústria (CNI); e pelo Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), especificamente em relação ao licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil.

1.4.1 O excesso de judicialização das demandas relativas ao licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura

Além das disfunções e problemática da conjuntura conflituosa inerente e característica do atual processo de licenciamento ambiental brasileiro, acarreta um excesso de judicialização de questões, a qual é absolutamente indesejável e prejudicial à economia do país.

A incapacidade do Poder Judiciário no Brasil de dar respostas rápidas aos conflitos de interesses de modo geral constitui um fato notório.

Nessa linha, como bem salientou Kazuo Watanabe, “todos têm, hoje, plena consciência da grave crise que afeta a nossa Justiça, em termos principalmente de morosidade, efetividade e adequação de suas soluções”.⁵³

Acresce que, nos casos de controvérsias relativas ao licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura a assimetria de informações por parte dos órgãos do Poder Judiciário é enorme, em comparação com o nível de conhecimento do corpo técnico dos órgãos ambientais e, principalmente, dos próprios patrocinadores dos empreendimentos.

Essa ineficiência do Poder Judiciário em relação à resolução de controvérsias ligadas aos diversos setores regulados da economia, seja em razão da assimetria de informações, seja em razão da sua crônica e generalizada morosidade, é, sem dúvida, um problema cujas respostas devem ser buscadas, sendo este um dos objetivos específicos perseguidos por este estudo.

Não obstante, também não se deve perder de vista que o congestionamento dos canais do Poder Judiciário prejudica toda a sociedade, uma vez que, além de afetar o acesso da população à justiça, produz potenciais reflexos negativos no comportamento dos investidores privados, e, portanto, no próprio desenvolvimento econômico do Brasil. Não só a morosidade,

⁵³ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: Tribunal Multiportas – Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil/ Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida e Mariana Hernandez Crespo - Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012, p.83.

como a própria incerteza das decisões do Poder Judiciário, já foi considerada como fator determinante para a *performance* dos mercados de créditos dos países.⁵⁴

1.4.2 Uma visão crítica acerca da revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário

A questão da revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário é um tema recorrente, cuja polêmica parece inesgotável. E isso é assim porque se trata de uma questão diretamente ligada ao equilíbrio entre os Poderes, o qual é sempre instável, porque constantemente alterado pelas circunstâncias históricas e políticas, e que, de tempos em tempos, precisa ser recomposto.

Com efeito, a problemática não está no fato do Poder Judiciário poder adentrar, ou não, o mérito das decisões da Administração, e sim qual deverá ser a profundidade de tal procedimento invasivo nas entranhas do ato.

É indisputável a possibilidade do juiz adentrar o mérito das escolhas da Administração, mormente em razão do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional⁵⁵, contudo deverá fazê-lo com certo grau de deferência, e com a cautela de estar municiado com estudos ou pareceres técnicos, que retratem a última palavra no respectivo campo do conhecimento humano.

No entanto, a prática da revisão jurisdicional de políticas públicas, vez por outra, alcança um nível que desborda o conteúdo da função jurisdicional e se traduz na apropriação pelos juízes de parcelas da discricionariedade administrativa, comportamento este vedado à luz do texto constitucional⁵⁶. Tal situação traz preocupações relacionadas a eventuais excessos

⁵⁴ Sobre a relação entre a chamada “incerteza jurisdicional” e à elevação da taxa de juros de curto prazo e à inexistência de um mercado de crédito de longo no Brasil, conferir: ARIDA, P; BACHA, E.; LARA RESENDE, A. *Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil*. GIAVAZZI; GOLDFAJN; HERRERA (Org.). *Inflation targeting, debt, and the Brazilian experience: 1999 to 2003*. Cambridge, MA: MIT Press, 2005. Noutro sentido, atribuindo uma perspectiva jurídica ao referido tema, o artigo “Jurisdição, incerteza e Estado de Direito” (FALCÃO, J.; SCHUARTZ, L.F.; ARGUELHES, D.W. In: Revista de Direito Administrativo: São Paulo: Editora Atlas - vol. 243 – set/out/nov/dez/ 2006, pp.79-112).

⁵⁵ De acordo com o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵⁶ Conforme preceituado pelo artigo 2º da CRFB de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

do controle jurisdicional da Administração, que acabam por afetar a harmonia entre os Poderes.⁵⁷

Neste particular, a principal questão que se apresenta consiste na necessidade de estabelecimento de limites e parâmetros objetivos, que deverão balizar os órgãos do Poder Judiciário na revisão de políticas públicas, seja revogando, seja anulando, ou, caso necessário, substituindo a escolha política ou administrativa questionada em juízo.⁵⁸

Em apertada síntese, podemos considerar que as soluções teóricas e práticas para o referido problema estão entre os posicionamentos extremos daqueles que propugnam por um maior ativismo judicial, bem como daqueles que se inclinam pela prudência e autolimitação dos poderes dos juízes.⁵⁹

O aparente paradoxo da questão está no fato de que, ao mesmo tempo em que se contempla a função jurisdicional como uma forma imprescindível de controle do exercício do poder político e administrativo, levada a cabo por órgãos independentes aptos a evitar e corrigir erros, abusos e arbitrariedades, por outro lado, há a problemática da falta de legitimidade democrática (juízes não são eleitos pelo voto popular), e das dificuldades advindas da substituição do centro do poder decisório dos setores competentes da Administração para os juízes e tribunais.

Outro complicador para a questão é o fato de que políticas públicas normalmente representam a concretização e operacionalização de direitos fundamentais das pessoas, previstos na CRFB de 1988 como compromissos inarredáveis do Estado brasileiro.

Segundo Beatriz Veríssimo de Sena a questão do reexame judicial de políticas públicas se “contrapõe à supereficácia de que gozam os direitos fundamentais de primeira geração, o princípio da separação dos Poderes e os mecanismos institucionais do Poder Judiciário”.⁶⁰

Em suma, não nos parece desejável o reexame judicial de políticas públicas que digam respeito à construção ou implantação de empreendimentos de infraestrutura, sem o estabelecimento de limites e parâmetros claros e objetivos para balizar a respectiva revisão por parte do Poder Judiciário.

Pelo contrário, entendemos que a judicialização de tais questões deve ser evitada tanto quanto possível, devendo ser criados canais de resolução de conflitos dentro do próprio

⁵⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madri: Tecnos, 1994, p.10

⁵⁸ Ibidem, p.14

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ SENA, Beatriz Veríssimo de. Reexame judicial de políticas públicas: caso da construção da Usina Belo Monte. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, maio 2012.

processo de licenciamento ambiental brasileiro, mormente no tocante aos empreendimentos de infraestrutura.⁶¹

1.4.3 Análise relativa às eventuais inadequações de exigências ambientais no processo de licenciamento

Devido ao seu aspecto eminentemente técnico, não constitui tarefa fácil demonstrar a ocorrência de falhas no estabelecimento de requisitos e condicionantes ambientais.

Não obstante, pretendemos demonstrar com base no método indutivo a referida disfunção do processo de licenciamento pela realização de uma análise empírica qualitativa, utilizando resultados de pesquisas e entrevistas realizadas com profissionais ligados ao setor ambiental.

Conforme a bibliografia sobre o tema, acreditamos que um dos fatores que pode estar causando a apontada disfunção do processo de licenciamento ambiental é a cultura de autopreservação dos técnicos ambientais.

A cultura institucional de autopreservação dos técnicos ambientais, que será objeto de análise logo a frente, pode estar gerando a fixação de exigências e condicionantes ambientais no momento do licenciamento excessivamente rigorosos, redundantes ou ineficazes para a conservação e proteção do meio ambiente.

Da mesma forma, o Ministério Público por meio de recomendações administrativas ou Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) tem estabelecido medidas mitigadoras ou condicionantes ambientais ineficazes ou inadequadas, senão impertinentes, à proteção ao meio ambiente

Há casos em que medidas mitigatórias ou condicionantes ambientais estabelecidas por parte de órgãos ambientais ou pelo Ministério Público, podem caracterizar-se como um verdadeiro “pedágio ambiental”.⁶²

⁶¹ Em nossa proposta de aperfeiçoamento do processo de licenciamento ambiental brasileiro apresentada no Capítulo 4 retomaremos a análise dessa questão.

⁶² Segundo Sergio Guerra: “ressalvados os casos legítimos, as indevidas exigências do MP ou de órgãos ambientais, sob o rótulo “compensação ambiental”, correspondem, na verdade, a um “pedágio ambiental” que gera insegurança jurídica, propicia o desperdício ou desvio de recursos públicos e privados, facilita a corrupção, e, acertadamente, vem sendo coibido pelo Poder Judiciário”. Pedágio ambiental e a visão do Poder Judiciário. In: Revista Conjuntura Econômica. v. 65, n.3 FGV, 2011. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgvbr/ojs/index.php/rce/article/view/22517>> Acesso em 20 de Nov 2015.

No caso específico do Ministério Público, o problema não parece ser ocasionado por uma cultura institucional de autopreservação de seus membros, e sim por mero déficit de informações. Esse déficit de informação do Ministério Público pode, em alguns casos, estar afetando a consistência de interpretações acerca da aplicação da legislação ambiental, principalmente no que concerne às questões próprias da área técnica.

De toda forma, indubitavelmente, tal conjuntura se dá em detrimento da eficiência administrativa, e acarreta inevitáveis atrasos e indefinições no licenciamento dos empreendimentos de infraestrutura, mormente os de grande porte, como é o caso da construção e operação de usinas hidrelétricas, redes de transmissão de energia elétrica, portos, aeroportos, rodovias, etc.

A indefinição e a demora na tomada de decisões no processo de licenciamento ambiental importam em prejuízos consideráveis, não só para o empreendedor, como também para o próprio desenvolvimento econômico do país. Não se pode perder de vista que deficiências na área de infraestrutura e logística constituem um dos principais fatores de represamento do crescimento econômico do país.

1.5 Análise das prováveis causas das disfunções do licenciamento ambiental brasileiro

Com o desiderato de delimitar o tema-problema da presente dissertação, passamos a analisar os fatores que possivelmente produziram as disfunções do processo de licenciamento, descritas anteriormente.

Nos tópicos seguintes realizaremos a análise das relações de causalidade eventualmente existentes entre determinadas situações fáticas e a produção das disfunções identificadas no processo de licenciamento ambiental brasileiro.

Com base na revisão bibliográfica sobre o tema, e na aplicação do método dedutivo, consideramos como prováveis principais causas das disfunções encontradas no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil: a) a atuação desconcertada da Administração pública e b) a cultura institucional de autopreservação dos técnicos de órgãos ambientais.

Destarte, na sequência, passaremos a analisar individualmente as possíveis causas para as disfunções apontadas acima.

1.5.1 O que entendemos por “atuação desconcertada da Administração”

Em linhas gerais, podemos entender a atuação desconcerta da Administração como sendo aquela diametralmente oposta uma atuação consensual, coordenada.

Por Administração concertada ou consensual, segundo Patrícia Baptista:

“entende-se aquela que vai pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o direito administrativo clássico. A ideia de consensualidade engloba, ainda, a de conjugação de esforços, de elaboração em comum, na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima do de concerto”.⁶³

Não obstante, objetivando operacionalizar a concepção e o alcance do que seria a atuação desconcertada da Administração pública no Brasil vamos nos valer das considerações e conclusões de Pedro Costa Gonçalves contidas em seu “Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*”.⁶⁴ A nosso ver, a análise do referido autor português sobre o tema da desorganização da Administração pública, a despeito de ter sido realizada com base no sistema jurídico português, estabeleceu premissas absolutamente aplicáveis ao caso brasileiro.

Pedro Costa Gonçalves, afirmando que a estabilidade da estrutura institucional escolhida para a Administração pública é de suma importância para a eficiência do sistema, ressalta que:

“Ao campo da função de direção política da Administração Pública cabe o papel determinante de estruturar ou organizar o sistema administrativo. Esta incumbência - integrada no designado “poder público organizativo” - revela-

⁶³ BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 272.

⁶⁴ Nesse artigo, Pedro Costa Gonçalves analisa a Administração Pública Portuguesa à luz de alguns dos tópicos da chamada *new public governance*, ou nova governação pública. Sobre o alcance da *new public governance*, esclarece o autor que: “embora a questão nos pareça clarificada, revela-se, ainda assim, oportuno chamar a atenção para a necessidade de não identificar nem misturar o tema da *new governance* da Administração Pública com o tema da (*corporate*) *governance* das empresas do setor público (empresas públicas, empresas regionais e empresas locais). A referência à *new governance* da Administração Pública pretende mobilizar um discurso e uma ordem de valores que orientem a compreensão de todo o sistema administrativo, projetando-se, pois, muita para lá dos modos de funcionamento e de organização das empresas do setor público. Mas, claro, isso já não significa que o setor público empresarial não suscite problemas específicos de governação pública (v.g., de direção e de controlo político) e que, além disso, não se verifiquem episódios concretos de tensão entre as exigências de controlo público, por um lado, e de autonomia de gestão empresarial, por outro lado” (Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013).

se naturalmente essencial para o correto funcionamento da máquina administrativa e, portanto, para a boa governação. Pois bem, neste ponto, urge corrigir as tendências de “desorganização” dos últimos anos e impor aos responsáveis políticos alguma contenção no invariável *ímpeto reformista*, tantas vezes concretizado em meras alterações cosméticas e de imagem, sem qualquer conteúdo. Nesta matéria, era muito bem-vindo um “pacto de regime” (não necessariamente explícito) que estabilizasse o modelo de organização da Administração Pública, logo a começar pela estrutura do Governo. Com uma atitude um pouco mais prudente, realista e informada, talvez se pudessem evitar estrangulamentos organizativos, visíveis, por exemplo, na criação de ministérios unitários que agregam três e quatro departamentos ministeriais. A criação de soluções erradas como essas tem custos significativos e a correção desses erros volta a ter custos: “soma constante de perdas” parece ter sido mesmo o único resultado dos processos de desorganização da Administração Pública Portuguesa”.⁶⁵

Destarte, podemos constatar que qualquer que seja o modelo escolhido para a organização da estrutura da Administração pública o mesmo não pode prescindir da criação de mecanismo de estabilização do respectivo sistema.

Outro ponto a ser destacado nesse particular é o cuidado que se precisa ter em não se permitir a atribuição de sobreposição de competências a duas ou mais unidades orgânicas diferentes; “além do desperdício de recursos, situações como essa contribuem para uma nefasta desresponsabilização dos atores envolvidos pelos (maus) resultados produzidos”.⁶⁶

Fazendo uma severa crítica ao policentrismo do Estado português, Pedro Costa Gonçalves assevera que:

“uma exigência fundamental no caminho de correção da atual desorganização ultrapassa o valor da estabilidade: aludimos à necessidade urgente - que tem estado na agenda política e mediática e que surge aliás referenciada no Memorando da Troika - de diminuir o “Estado paralelo” e a infinidade de organismos em que a administração se foi desdobrando nos últimos anos. É verdade que esta tendência, nas suas várias manifestações, se verificou um pouco por todo o lado, mas em Portugal assumiu proporções surpreendentes. Parar o crescimento do fenómeno contribuirá para que a administração regresse a casa e, desejavelmente, para o retorno a uma estabilidade do sistema administrativo. O valor da estabilidade dos modelos de estruturação procura, fundamentalmente, incutir nos responsáveis políticos uma atitude de contenção e de prudência no exercício do legítimo poder de organização da Administração Pública”.⁶⁷

65 Idem.

66 Idem.

67 Idem.

Sem embargo, pondera o autor português que a raiz do problema da desorganização pode não estar no fato da Administração estar estruturada em rede, e sim na falta de instrumentos de coordenação criados para auxiliar no funcionamento do sistema. Tais instrumentos podem consistir em mecanismos de intervenção vertical, em um ambiente de padrão mais weberiano, ou de coordenação horizontal, em um cenário mais policêntrico, por meio das trocas de informações, dos acordos de concertação e de cooperação entre órgãos e entidades da Administração.⁶⁸

Em suma, na linha do entendimento estabelecida por Pedro Costa Gonçalves, e para os fins do presente estudo, podemos conceber o que seria a atuação desconcertada da Administração pública como a ausência de uma lógica de coordenação, informando o funcionamento de cada unidade e do sistema como um todo, no exercício da função executiva do Estado pelos inúmeros órgãos e entidades que compõem a estrutura da Administração pública. Em outras palavras, a atuação desconcertada da Administração representa o que seria a caótica apresentação de uma orquestra sinfônica sem maestro ou partitura.

No mais, com fundamento na revisão bibliográfica sobre a questão da ausência de uma lógica de coordenação entre órgãos e entidades que compõem a Administração pública brasileira, nos foi possível vislumbrar que há uma relação de causalidade direta entre o referido problema e os efeitos decorrentes da emergência de um Estado Regulador policêntrico no Brasil, e do fenômeno da globalização.

1.5.1.1 A emergência do Estado Regulador brasileiro

Com o surgimento do Estado Social de Direito, na primeira quadra do século passado, foram criados alguns novos institutos para resguardar os indivíduos de desventuras, infortúnios ou tragédias.

Os direitos sociais e o próprio sistema de seguridade social são os principais instrumentos jurídicos de salvaguarda das pessoas em relação à toda a sorte de eventos que podem ocorrer em suas vidas.

No Estado Social de Direito houve o fortalecimento do Poder Executivo como consequência da crescente ampliação das atividades a cargo do Estado em várias áreas, que

68 Idem.

passou a exercer funções normativas, conforme a teoria da formação do direito por degraus do austríaco Hans Kelsen⁶⁹. Por conseguinte, a doutrina da vinculação positiva da Administração tornou-se aplicável também em relação aos atos normativos emanados do Poder Executivo.

No entanto, nas últimas décadas essa estrutura institucional foi se tornado aquém da necessidade em razão do crescente aumento dos novos riscos surgidos a partir da expansão do funcionamento das sociedades industriais complexas, os quais não podem ser mensurados com segurança pela ciência.

O Estado e a sociedade estavam preparados para os chamados riscos concretos, ou previsíveis, mas não para os riscos abstratos, caracterizados por sua imprevisibilidade.

Diante da referida conjuntura socioeconômica houve uma drástica mudança da percepção de risco pelas pessoas que vivem nessas sociedades modernas. Essa mudança coletiva de percepção acerca do grau de risco social decorre principalmente da patente incapacidade da ciência de prever e evitar desastres e perdas catastróficas e irreversíveis.⁷⁰

Assim, a chamada sociedade de riscos trouxe um crescente aumento da complexidade e tecnicidade das atividades a serem desempenhadas pelo Estado. Uma das principais forças motrizes desse processo é o rápido avanço da ciência e tecnologia no mundo de hoje.

De acordo com o sociólogo alemão Ulrich Beck a sociedade de riscos é "uma forma sistemática de lidar com perigos e inseguranças induzidas e introduzidas pela modernização em si".⁷¹

Novas tecnologias introduzidas produzem efeitos relevantes sobre a sociedade e o mercado. Em setores específicos, como é o caso das telecomunicações, as inovações têm impacto decisivo sobre as relações de mercado, podendo até mesmo criar novas empresas ou segmentos, ou destruir completamente outros já existentes. Assim, com toda razão, Robert Cooter e Thomas Ulen afirmam que "a inovação é apropriadamente chamada de 'destruição criativa'".⁷²

Nesse particular, os referidos autores seguem a linha de raciocínio de Joseph A. Schumpeter, que entendia que esse "processo de destruição criadora" das estruturas

⁶⁹ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. (tradução Luis Carlos Borges) – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp.129-130.

⁷⁰ ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou Economia Política da Sustentabilidade. In Economia do Meio Ambiente: teoria e prática/ Peter H. May, Maria Cecília Lustosa, Valéria de Vinha, organizadores. Elsevier 2003, p.20.

⁷¹ BECK, Ulrich. Risk Society: towards a new modernity. London: Sage, 1992, p.260.

⁷² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed. 2010, p.132.

econômicas e sociais era um fenômeno intrínseco à lógica competitiva capitalista de produção, cujo impulso decorre de uma “eterna tempestade de destruição criadora”.⁷³

Diante desse processo de constante modernização, segundo Ulrich Beck, “cada vez mais forças destrutivas também acabam sendo desencadeadas, em tal medida que a imaginação humana fica desconcertada diante delas”.⁷⁴

Em suma, o advento da sociedade dos riscos e o rápido avanço da ciência e tecnologia reclama a busca de instrumentos jurídicos de atuação mais eficazes para a Administração Pública.

O movimento de transformação do Estado foi imposto pela necessidade de adequação à nova realidade trazida pela emergência da sociedade dos riscos. Nesse contexto evolutivo do Estado e do próprio direito desenvolveram-se novos conceitos e princípios mais fluídos. De fato, a fluidez dos conceitos e princípios jurídicos é característica do advento da sociedade dos riscos.⁷⁵

Segundo a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Por certo essas mudanças, que se cristalizam em novos institutos e em novas versões de antigos institutos, não são necessária e formalmente espelhadas em todos os textos constitucionais de Estados pós-modernos, ainda porque, a pós-modernidade vai depender muito mais de uma evolução constitucional permanentemente introduzida pelo legislador reformador e pelos tribunais constitucionais, e, na percepção de Peter Häberle, até mesmo por obra do legislador ordinário, dos juízes, da doutrina e da praxe, o que denomina de um “processo público” próprio de “uma sociedade aberta de legisladores e intérpretes da Constituição”. Muito concorre para a realização dessa “Constituição viva” a interpretação integrativa, adaptativa, criativa e permanente, a cargo das cortes constitucionais, produzindo o que se tem denominado de mutação constitucional sem alteração do texto. Foi, assim, por mutação constitucional, antes que por reforma explícita de texto, que a mesma Constituição dos Estados Unidos da América que agasalhou a escravidão, depois a proscreeu; que a mesma Carta que serviu à economia liberal, posteriormente convalidou as intervenções do New Deal; e, para ser breve nos exemplos, lembrando agora um fenômeno de mais amplo espectro, foi por mutação constitucional que as Constituições europeias e latino-americanas atuais, que até há pouco tempo se cingiam ao férreo dogmatismo da tripartição de poderes do Estado, passaram a aceitar a pluralidade de centros de poder independentes, como os Bancos Centrais, as Cortes de Contas, os Ombudsmen, os Ministérios Públicos, as entidades dotadas de auto-regulação, ainda que limitada etc., em lista que tende a se ampliar na conformação pós-moderna de um Estado Policêntrico, (expressões usadas

⁷³ SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, socialismo e democracia. Editado por George Allen e Unwin Ltd., (traduzido por Ruy Jungmann) - Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

⁷⁴ BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. London: Sage, 1992, p.25

⁷⁵ *Ibidem*, p.263.

por Massimo Severo Giannini e por Jacques Chevalier) e, por isso mesmo, cada vez mais Policrático.”⁷⁶

Essa conjuntura de complexidade e tecnicidade, própria da sociedade de riscos e profundamente relacionadas a certos setores da econômica, foi justamente o fator preponderante para a fixação de competências normativas do Poder Executivo para regular os referidos setores. Isto porque, tais fatores produzem um déficit de informações para o Poder Legislativo, o que justifica a fixação de competências normativas para entes da Administração dotados de independência em relação ao poder central (como é o caso das agências reguladoras brasileiras), os quais possuem melhores condições para tomar decisões no que concerne à regulação de setores específicos.

Nessa linha, Sergio Guerra leciona que:

“o déficit de informações do Parlamento, em termos comparativos com o governo, tanto mais grave quanto cada questão, envolve crescente tecnicidade e uma pluralidade de interesses contraditórios e reforça a diminuição da capacidade parlamentar, fazendo-o surgir como um órgão destituído de elementos que habilitem uma intervenção decisória conveniente e oportuna, além de revelar sua própria dependência institucional de quem lhe forneça essa informação. Ocorre que a tecnicidade do mundo pós-moderno impõe o deslocamento da competência sobre questões complexas do Poder Legislativo para o Poder Executivo”.⁷⁷

No sistema jurídico norte-americano são atribuídas pelo Poder Legislativo às agências reguladoras, através da edição das chamadas leis-quadro, competências normativas para regular setores específicos diretamente e a independência em relação ao poder central. Isto porque, com o rápido avanço da ciência e tecnologia tornou-se inquestionável o “distanciamento do circuito legiferante das especificidades tecnológicas e do caso concreto submetido à regulação”.⁷⁸

⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE* Belo Horizonte, n. 11, ano 3 Jul/Set 2005.

⁷⁷ GUERRA, Sergio. *Discrecionabilidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁷⁸ Idem.

Nos Estados Unidos, as agências reguladoras foram criadas em um primeiro momento para intervir em setores específicos da economia corrigindo falhas de mercado, de modo a limitar os efeitos decorrentes dos excessos do liberalismo.⁷⁹

O Brasil, que experimentou entre os anos 60 e 80 do século XX um modelo de forte intervenção direta na economia⁸⁰, se viu diante de um contexto político-econômico que conduziu a uma Reforma do Estado. Essa conjuntura ocorreu em razão do cenário internacional agravado pelas crises do petróleo e pelas pressões externas decorrentes do Consenso de Washington⁸¹, bem como de exigências do Fundo Monetário Internacional (FMI) para a concessão de novos financiamentos.

Segundo Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo:

“o Consenso de Washington reflete o reconhecimento de uma forte tendência – um verdadeiro consenso ideológico global-, que pregava a adoção de medidas de ajustamento fiscal e de reformas orientadas para a liberalização dos mercados, o que incluía a abertura comercial.”⁸²

A partir de meados da década de 90 do século passado, o governo brasileiro promoveu a chamada Reforma do Estado, baseada na desestatização de serviços públicos e de atividades econômicas específicas, as quais anteriormente encontravam-se sujeitas à exploração estatal direta.

⁷⁹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006, p.112. Essas são as agências criadas para regulação exclusivamente econômica, no período da chamada primeira onda regulatória (anos 30 e 40 do século XX).

⁸⁰ De acordo com Eros Grau podemos distinguir três modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, a saber: “no primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá então por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercer suas atividades nesse mesmo setor. No segundo e no terceiro casos, o estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por direção ou indução. Quando o faz por direção, o estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz, por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados” (cf. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5ª ed. São Paulo: Malheiros: 2000, p.159).

⁸¹ No ano de 1989, funcionários do governo norte-americano, do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial e do BID, reuniram-se em Washinton DC, nos Estados Unidos, para tratar de questões ligadas à economia dos países latino-americanos. Segundo Paulo Nogueira Batista “o objetivo do encontro, convocado pelo *Institute for International Economics*, sob o título “*Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*”, era proceder a uma avaliação das reformas econômicas empreendidas nos países da região. Para relatar a experiência de seus países também estiveram presentes diversos economistas latino-americanos”. As conclusões dessa reunião é que se daria, subseqüentemente, a denominação informal de “Consenso de Washington”. In: O Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos. USP, 1994. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf> Acesso em: 6 Jan 2016.

⁸² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp.30-31, nota de rodapé.

Para permitir a realização da chamada Reforma do Estado, foram editadas Emendas Constitucionais com influência na chamada Administração Pública Gerencial⁸³, alterando o texto original da CRFB de 1988 e promovendo modificação da modelagem da estrutura administrativa do Estado brasileiro⁸⁴.

Nesse ínterim, por inspiração em análises comparatistas⁸⁵ com o sistema jurídico norte-americano, foram criadas agências reguladoras de setores específicos da economia, dotadas de autonomia financeira e orçamentária, além de independência em relação ao poder central, o que representa um novo estágio de desenvolvimento, tanto para o direito administrativo, quanto para a própria estrutura do Estado brasileiro.

Segundo Sergio Guerra:

“Para além do *new public management*, sofremos no Brasil direta influência estadunidense quanto à estruturação dos entes regulatórios autônomos. Com efeito, os estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, quando surgiu a

⁸³ Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, “depois de amplamente debatida, a emenda constitucional da reforma administrativa foi remetida ao Congresso Nacional em agosto de 1995. À emenda seguiu-se a publicação de um documento (Presidência do Brasil, 1995) sobre a reforma administrativa - “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” - cuja proposta básica é a de transformar a administração pública brasileira, de burocrática, em administração gerencial. (...) A administração pública gerencial emergiu, na segunda metade deste século, como resposta à crise do Estado; como modo de enfrentar a crise fiscal; como estratégia para reduzir o custo e tornar mais eficiente a administração dos imensos serviços que cabiam ao Estado; e como um instrumento para proteger o patrimônio público contra os interesses do *rent-seeking* ou da corrupção aberta. (...) Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os gestores públicos é o contrato de gestão. Enquanto a administração pública burocrática se concentra no processo, em definir procedimentos para contratação de pessoal; para compra de bens e serviços; e em satisfazer as demandas dos cidadãos, a administração pública gerencial orienta-se para resultados. A burocracia concentra-se nos processos, sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acredita que este seja o modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção. Os controles são preventivos, vêm a priori. Entende, além disto, que punir os desvios é sempre difícil, se não impossível; prefere, pois, prevenir. A rigor, uma vez que sua ação não tem objetivos claros - definir indicadores de desempenho para as agências estatais é tarefa extremamente difícil - não tem alternativa senão controlar os procedimentos” (cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e Administração Pública gerencial. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/7562_Cached.pdf> Acesso em 13 dez 2015).

⁸⁴ As EC nº 6 e 7, ambas de 15 de agosto de 1995, e a EC nº 36, de 28 de maio de 2002, eliminaram restrições ao capital estrangeiro, excluindo a proteção específica à empresa brasileira de capital nacional e flexibilizando o ingresso do capital externo nas atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia elétrica, na navegação de cabotagem e interior, bem como na participação no capital de empresas jornalísticas e de radiodifusão. As EC nº 5 e 8, também promulgadas em 15 de agosto de 1995, assim como a EC nº 9, de 9 de novembro de 1995, promoveram a flexibilização dos monopólios estatais, permitindo as empresas privadas, respectivamente, a exploração dos serviços de gás canalizado; e de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens; bem como as atividades concernentes à pesquisa, lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, ao refino de petróleo nacional ou estrangeiro, e à importação, exportação e transporte dos produtos e derivados do petróleo. Da mesma forma, o Programa Nacional de Privatização, inicialmente instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, editada com o mesmo objetivo, produziu alterações de índole infraconstitucional na estrutura do Estado brasileiro.

⁸⁵ Constitui uma das funções do direito comparado permitir aos juristas comparatistas considerar o aperfeiçoamento de seu direito interno, na medida que possibilita uma perspectiva diversa da rotina de seu respectivo ordenamento jurídico doméstico (cf. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. - tradução Hermínio A. Carvalho – 5ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.18).

Interstate Commerce Commission, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual”.⁸⁶

Com isso, ocorreu também uma mudança na atuação do Estado, o qual, ao deixar de exercer a intervenção direta na economia, como ocorria com até a década de 80 do século passado, passou a tomar a forma, paulatinamente, de um Estado Regulador.

Para Carlos Ari Sundfeld:

“No Brasil, três expressões se destacam para se referir o que seriam diferentes modelos de Estados. O Estado liberal, durante o século XIX; o Estado empresário, nas primeiras décadas do século XX, até o início da década de 1990; e o Estado regulador, que corresponderia ao momento presente”.⁸⁷

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, entendendo que a referida transição para um Estado Regulador no Brasil ainda não é completa, considera que:

“essa alteração da função para o suposto Estado Regulador foi parcial e, mais, insuficiente para que se altere o modelo de Estado vigente, que ainda é o Estado de Bem-Estar Social, embora numa versão mais adaptada às reformas administrativas que foram implementadas na década de 1990”.⁸⁸

Sergio Guerra, após refutar a tese de que a regulação estatal estaria atrelada a um sistema econômico ou político, assevera que:

“Resta, então, indagar se a regulação está atrelada ao sistema organizacional do estado. Ao nosso sentir, a resposta deve ser afirmativa. Quando sustentamos que um Estado é regulador, como no Brasil, estamos nos referindo à estrutura da organização administrativa. Os Estados Unidos da América são um estado regulador; contudo seguem, também sob a estrutura capitalista, um sistema liberal. O Brasil é um Estado regulador, em que pese, quanto ao sistema político, estar próximo à social-democracia com inúmeras medidas de impacto social custeadas pelo Estado”.⁸⁹

⁸⁶ GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar/ Org.: Sergio Guerra – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p.374.

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e regulação no Brasil. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar. / Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 115.

⁸⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.39.

⁸⁹ GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar/ Org.: Sergio Guerra – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p.362.

Apresentando uma perspectiva diversa em relação à temática, Jacques Chevallier leciona que a atividade regulatória do Estado:

“pressupõe que o sistema econômico não possa atingir por si próprio o equilíbrio, que se tenha a necessidade da mediação do Estado para o alcançar. Essa visão se afasta do discurso neoliberal, que opõe a regulação estatal aquela que resulta da lógica do mercado”.⁹⁰

A despeito de esposar entendimento no sentido de que ainda não se tem um Estado Regular propriamente dito no Brasil, o próprio Carlos Ragazzo concorda que as alterações já promovidas e decorrentes da Reforma Administrativa dos anos 90 são suficientes para demandar a necessidade de revisão da modelagem institucional do Estado⁹¹.

Acresce que, como bem salientado por Marçal Justen Filho, “a alusão a ‘Estado Regulador’ não pode ser interpretada no sentido da existência de uma configuração padronizada e unitária. Fala-se muito mais de um ‘modelo regulador’ de Estado para indicar uma situação variável e heterogênea, que se concretiza de diversos modos”.⁹²

1.5.1.2 A influência do fenômeno da globalização no processo de mutação do Estado

O atual arranjo institucional do Estado contemporâneo há muito afastou-se das concepções clássicas baseadas na lógica monista e piramidal que influenciava a organização de sua estrutura.

A ideia de uma Administração pública dotada de estrutura unitária, e organizada com base em um consistente princípio da hierarquia se perdeu com o tempo⁹³.

⁹⁰ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. (tradução Marçal Justen Filho). Belo Horizonte: Fórum. 2009, p.72.

⁹¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.40.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p.25.

⁹³ GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013.

Para Pedro Costa Gonçalves:

“a imagem de uma Administração Pública unitária, organizada de acordo com um consistente princípio de hierarquia, pertence ao passado. Evoluiu-se para um sistema de Administração Pública plural, que quebrou a “unidade da Administração”.⁹⁴

Ocorre que, uma parte considerável dessas mudanças estruturais do Estado se deve aos efeitos do fenômeno da globalização. Nesse particular, Jacques Chevallier leciona que:

“os Estados não são, então, mais os únicos atores da vida internacional: doravante sujeitos a uma “bricolagem diplomática” (B. BADIE, 2008), eles são obrigados a se compor com outros atores, que manifestam por eles próprios sua ação num espaço mundial e com os quais eles estão em interação permanente — sejam eles parceiros a administrar, aliados a conquistar ou adversários a combater; a sociedade internacional aparece, desse modo, como uma sociedade “multicentrada”, formada por uma pluralidade de atores de natureza muito diferente (J. ROSENAU, 1990; M. C. SMOUTS, 1998; D. HELD, 2004). Daí em diante, os seus princípios de organização não poderão ser construídos a partir das iniciativas exclusivas dos Estados: eles pressupõem o recurso a mecanismos inéditos de regulação que tenham em conta a diversidade dos interesses em jogo: por “*governança*” (J. ROSENAU, 1992), entender-se-ão esses mecanismos complexos de interação, que se desenvolvem, em diversos níveis (*multilevel governance*), entre um conjunto de atores, públicos e privados, autônomos visando a obter regras de jogo elaboradas coletivamente (J. LAROCHE, dir., 2003). O Estado pós-moderno reconhece, desse modo, a existência de outros atores, com os quais ele é constrangido a negociar, sem se refugiar atrás de uma soberania tornada largamente ilusória”.⁹⁵

Tratando dos efeitos e eventuais riscos da nova sociedade pós-tradicional, Anthony Giddens leciona que:

“Por um lado, há a difusão extensiva das instituições modernas, universalizadas por meio do processo da globalização. Por outro lado, mas imediatamente relacionadas com a primeira. Por outro estão os processos de mudança intencional, que podem ser conectados à radicalização da modernidade. Estes são processos de abandono, desincorporação e problematização da tradição. Poucas pessoas em qualquer lugar do mundo, podem continuar sem consciência do fato de que suas atividades locais são

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. (tradução Marçal Justen Filho). Belo Horizonte: Fórum. 2009.

influenciadas, e às vezes, até determinadas, por acontecimentos ou organismos distantes”.⁹⁶

É incontestável a ocorrência de mudanças na vida cotidiana e atividades das pessoas em qualquer lugar do mundo, decorrentes da globalização, ainda que, curiosamente, alguns não queiram se dar conta disso.⁹⁷ Em relação a essa questão, Giddens ressalta que:

“O estudo da globalização seria a análise dos sistemas do mundo, os modos de interconexão que operam na estratosfera global. Enquanto os modos de vida tradicionais e, especialmente ‘comunidade localmente situada’ persistirem essa visão não estará muito longe da verdade. Atualmente, contudo quando o abandono dos contextos locais torna-se muito avançado, ela é bastante imprecisa. A globalização é uma questão “do aqui”, que afeta os aspectos mais íntimos de nossas vidas – ou, preferivelmente, está relacionado com elas de uma forma dialética. Na verdade, o que hoje em dia chamamos de intimidade – e sua importância nas relações pessoais – foi criado em grande parte por influências globalizadoras”.⁹⁸

O fenômeno da globalização, que em épocas diversas já se mostrou de índole predominantemente cultura, geopolítica, econômica e religiosa, atualmente se apresenta muito mais amplo e multifacetado.

Nesse particular, Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona que:

“esta atual globalização, que se propaga desde o último quartel do século vinte, ultrapassa todas essas experiências. Ela não só é mais ampla e mais diversificada como, sobretudo, é mais profunda, pois se apresenta como uma consequência inevitável da Revolução das Comunicações, um movimento tão intenso que tem promovido mudanças radicais nas características da civilização dominante no planeta e, por isso, veio sob o signo da permanência. Sob seu influxo, de seus novos meios e de suas novas mensagens, o mundo se vai encolhendo e os indivíduos, os grupos, as sociedades e os Estados ficam cada vez mais próximos e interagentes, todos integrados pelo poder do desenvolvimento científico e tecnológico que, notadamente nos últimos cem anos, disseminou ecumenicamente o conhecimento e possibilitou a eclosão dessa nova etapa civilizatória em que

⁹⁶ GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna/ Beck, Ulrich, Giddens, Anthony e Lash, Scott. (tradução de Magda Lopes). São Paulo: Editora da Unesp, 1997, p.74

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Ibidem, p.118

vivemos, denominada, pelo brilhante sociólogo espanhol Manuel Castells, de quem se pediu de empréstimo uma epígrafe, de Era da Informação”.⁹⁹

Luiz Carlos Bresser Pereira, discorrendo sobre a influência da globalização na reforma do Estado brasileiro, assevera que:

“Na década de 80, logo depois da eclosão da crise de endividamento internacional, o tema que prendeu a atenção de políticos e elaboradores de políticas públicas em todo o mundo foi o ajuste estrutural ou, em termos mais analíticos, o ajuste fiscal e as reformas orientadas para o mercado. Nos anos 90, embora o ajuste estrutural permaneça entre os principais objetivos, a ênfase deslocou-se para a reforma do Estado, particularmente para a reforma administrativa. A questão central hoje é como reconstruir o Estado - como redefinir um novo Estado em um mundo globalizado. Também no Brasil ocorreu esta mudança de perspectiva”.¹⁰⁰

Para Jacques Chevallier “o Estado segmentado é também um Estado plural, que interioriza dentro de suas estruturas a diversidade constitutiva social”.¹⁰¹

O modelo de Estado monoclasa, consistente na organização política voltada à proteção e atendimento das necessidades das classes dominantes, foi gradativamente sendo substituído pelo modelo de Estado pluriclasa, gerado pelos novos arranjos decorrentes da mobilização das classes sociais, produzindo crescente diversificação das classes sociais no Estado Contemporâneo.¹⁰²

Ao tratar do fenômeno da globalização, e suas consequências na mutação do Estado contemporâneo, Pablo Armando González Ulloa Aguirre ressalta que:

⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo\ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 546-547.

¹⁰⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e Administração Pública gerencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998; p.21 Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/7562_Cached.pdf> Acesso em 13 dez 2015.

¹⁰¹ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. (tradução Marçal Justen Filho). Belo Horizonte: Fórum. 2009.

¹⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.39. Sobre a temática, Diogo de Figueiredo afirma ainda que: “a participação democrática, desejável e inevitável numa sociedade permeada pela comunicação, marcará a transição das democracias representativas para as democracias participativas, refletindo-se, por isso mesmo, na transformação do tipo de Estado que Massimo Severo Giannini denominou de Estado monoclasa ou biclasa, entendido como um feudo de estamentos dominantes, em um Estado pluriclasa, sem hegemonias, o que obriga a administração pública a se pluralizar para atender, mais direta e significativamente, os vários setores de interesses transindividuais que vão emergindo e reclamando disciplina jurídica” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do direito administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, pp. 543-563).

*“El fenómeno de la globalización ha afectado en gran medida el diseño de los Estados, ya que estos se desarrollan dentro de los líderes tradicionales en ese momento y el territorio son clave en la forma en que están organizados y desarrollados. El poco tiempo que requiere la globalización y la falta de territorial están más cerca del mercado. La globalización significa pérdida notable de los límites de la vida cotidiana en las diferentes dimensiones de la economía, la información, la ecología, la tecnología, los conflictos transculturales y la sociedad civil (...) La globalización ha promovido y procesos de interacción global sin precedentes producidos. En este sentido, la sociedad del riesgo Beck es una herramienta útil para el estudio de un problema que no sólo reduce los problemas imprevisibles a corto plazo del medio ambiente, sino que incluye un número virtualmente imposible predecir los factores económicos y sociales con el concepto de precisión espacial y temporal, pero sabemos que va a pasar”.*¹⁰³

Tratando da influência da globalização na evolução da concepção de eficiência no Estado pós-moderno, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que:

*“A palavra-chave introduzida pela globalização no Estado em mutação é eficiência. Tanto em sua atuação externa como interna, não mais apenas o primado da eficiência bélica, que fora tão importante na Era das grandes potências, mas o de uma nova e peculiar eficiência política para atuar nas relações multilaterais. Não mais apenas a simples eficiência econômica, entendida como o aumento da produção com redução de insumos e aumento dos lucros, mas, além disso, a eficiência sócio-econômica, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade, mais rapidamente e em maior quantidade, para atender a sociedade cada vez mais demandantes; não mais apenas a eficiência que depende somente da ação do Estado, mas de uma sociedade solidarizada pela democracia; e, ainda, não mais apenas a eficiência que depende da atuação de Estados isolados, mas a que se logra através de um concerto institucionalizado de Estados solidários”.*¹⁰⁴

Destarte, indubitavelmente, o Estado pós-moderno, para fazer frente aos novos desafios de um mundo globalizado, passa por um processo de mutação, em razão do qual vem assumindo novas facetas, o que acaba por tornar ainda mais complexa sua estrutura.

¹⁰³ AGUIRRE, Pablo Armando González Ulloa. El Estado y la globalización ante la nueva crisis internacional. Polít. cult. no.34 México ene. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422010000200005&script=sci_art_text> Acesso em: 5 jan 2016.

¹⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo\ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 549.

1.5.1.3 As dificuldades enfrentadas no modelo de Administração em rede

Como já dito, o Estado pós-moderno experimenta um processo de mutação, em razão do vem ganhando uma organização mais complexa, com um maior número de órgãos e entidades dotados de autonomia e estruturados em rede.

Tratando das mudanças da estrutura do Estado pós-moderno, Jacques Chevallier leciona que:

“a ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desestabilizada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder da hierarquia. Vê-se delinear um novo princípio de organização do aparelho do Estado, congruente com a ideia da pós-modernidade: enquanto o modelo burocrático é do tipo “arborescente” (ele comporta um princípio de unidade, raízes, um centro), a existência de entidades autônomas evoca muito mais a imagem do “rizoma” (G. DELEUZE, F. GUATTARI, 1976) (que não apresenta uma estrutura estável mas se desenvolve a partir das conexões livres estabelecidas entre os seus elementos constitutivos); dispondo de uma capacidade de ação autônoma, essas entidades são religadas umas às outras, não mais por liames verticais de subordinação, mas por relações horizontais de interdependência. A figura pós-moderna da rede tende a partir daí a se substituir àquela da pirâmide”.¹⁰⁵

Pedro Costa Gonçalves, demonstrando considerável grau de “ceticismo sobre o modo como se encontra (des)organizada a Administração Pública Portuguesa”, apresenta a seguinte visão a respeito do modelo de Administração em rede:

“Na verdade, na nossa interpretação, o “pluralismo administrativo” não é em si mesmo um valor: a criação de estruturas administrativas distanciadas da esfera de influência do Governo pode fazer sentido, ou não. Neste ponto, talvez se tenha ido longe demais e talvez isso explique os incômodos atuais com a perceptível exigência de internalizar na administração direta do Estado muitas entidades juridicamente autônomas que nunca de lá deveriam ter saído; ou, de forma porventura ainda mais incômoda, a percepção de que, em muitos casos, a eventual extinção de unidades administrativas deixa tudo na mesma. Observe-se, aliás, que uma das implicações da atual crise econômico-financeira ao nível da organização administrativa tem ocorrido precisamente com uma *pulsão centralista*, que, por razões financeiras, tem o

¹⁰⁵ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. (tradução Marçal Justen Filho). Belo Horizonte: Fórum, 2009.

efeito de degradar a autonomia de muitos setores da Administração Pública (designadamente da administração indireta)”.¹⁰⁶

Nesse particular, Jacques Chevallier afirma que:

“Os pesados aparelhos de gestão construídos no curso do estabelecimento do protetorado estatal sobre a vida social não respondem mais aos novos dados da ação estatal: eles tendem a ser contornados por estruturas transversais, “moléculas moles e fluídas”, verdadeiras *task-forces*, capazes de evidenciar uma maior eficácia”.¹⁰⁷

Em suma, em seu atual estágio, o Estado deixou de possuir uma estrutura hierárquica piramidal, passando a adotar o modelo de Administração em rede, o qual reclama a busca de novas formas mais eficazes e flexíveis de atuação, baseadas em instrumentos consensuais de coordenação.

1.5.1.4 O advento da doutrina da administração pública gerencial no Brasil

A estrutura da Administração pública no Brasil tradicionalmente seguia o modelo weberiano, constituindo um complexo sistema de organismos que se relacionam em hierarquia essencialmente piramidal. O modelo weberiano concebe as burocracias estatais como organizações hierárquicas em que o poder flui de cima para baixo, sendo as decisões baseadas no raciocínio lógico e análise de dados.¹⁰⁸

Ocorre que, a despeito de ainda guardar muitas características do modelo weberiano, o Estado brasileiro, em razão dos influxos de mutação de sua estrutura, decorrentes da globalização, passou a demandar instrumentos de atuação mais modernos e eficientes.

Assim, principalmente em razão de influências externas, a concepção da chamada Administração pública gerencial começa a ganhar força no Brasil.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013.

¹⁰⁷ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. (tradução Marçal Justen Filho). Belo Horizonte: Fórum. 2009.

¹⁰⁸ Para o sociólogo alemão Max Weber: “uma burocracia, uma vez plenamente realizada, pertence aos complexos sociais mais dificilmente destrutíveis. (...) Onde quer que a burocratização da administração tenha sido levada consequentemente a cabo, cria-se uma forma praticamente inquebrantável das relações de dominação”. In: Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. (tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa). Brasília: Ed. UnB, 2009, p.222.

A Administração pública gerencial consiste em um movimento de reforma administrativa do Estado, cuja origem se dá no início dos anos 80 do século passado no Reino Unido¹⁰⁹ e nos Estados Unidos. O objetivo central desse movimento está na busca da eficiência administrativa e na adaptação ao setor público das premissas gerenciais até então aplicáveis somente ao setor privado. A Administração pública gerencial trabalha com a ideia de Estado mínimo,¹¹⁰ enfatizando a separação entre as atividades exclusivas de Estado das não exclusivas, no que tange ao planejamento e organização da estrutura administrativa.¹¹¹

Decerto, as referidas mutações estruturais do Estado importam também em uma nova leitura do direito administrativo, o qual deve estar apto a equacionar os problemas advindos da Administração em rede.

Nesse sentido, Sergio Guerra afirma que:

“o direito administrativo, por estar absorvendo os influxos da globalização e do amplo processo neoliberalizante, vem passando por inúmeras transformações, mutações e inúmeros alargamentos, todos apontados pela doutrina pátria e alienígena. Deve acompanhar as características e os riscos por que passa a sociedade contemporânea, que, por isso, indo além das preocupações sobre o ato administrativo, clama por uma releitura de

¹⁰⁹ Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, “o enfoque gerencial sobre a administração pública emergiu com vigor na Grã-Bretanha e nos EUA depois de Governos conservadores terem assumido o poder em 1979 (Governo Thatcher) e em 1980 (Governo Reagan), o que levou alguns analistas a verem, neste enfoque, uma visão intrinsecamente conservadora. Na verdade, só na Grã-Bretanha o gerencialismo foi aplicado ao serviço público imediatamente após a posse do novo Governo, e levou a uma reforma administrativa profunda e bem-sucedida. Uma série de programas - o das Unidades de Eficiência, com relatórios de pesquisa e avaliação; o Próximo Passo, com as agências autônomas; e o Direitos do Cidadão - contribuíram para tornar o serviço público na Grã-Bretanha mais flexível, descentralizado, eficiente e orientado para o cidadão. O serviço público britânico tradicional passou por uma transformação profunda, perdeu os traços burocráticos e adquiriu características gerenciais” PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/7562>> Cached.pdf> Acesso em 13 dez 2015).

¹¹⁰ Um dos maiores defensores do chamado Estado mínimo foi economista e filósofo austríaco Friederich August von Hayek. Sem embargo, provavelmente, a maior contribuição de Hayek para a ciência econômica foi tratar a manutenção da existência de concorrência como prioridade máxima da intervenção do Estado na ordem econômica (HAYEK, Friedrich A. *Individualism and Economic Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948). Noutro sentido, de acordo com o pensamento de Keynes, a intervenção direta do Estado na econômica é fundamental para o crescimento econômico, principalmente no aspecto da expansão dos direitos sociais, base do Estado do Bem-Estar Social. (KEYNES, Jonh Maynard. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. (tradução de Mário R. da Cruz e Paulo de Almeida) – São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p.29 (título original: *The general theory of employment interest, and Money*). As referidas ideias de Keynes, formuladas no conturbado período de implementação do *New Deal*, durante a Grande Depressão nos Estados Unidos, costumam conquistar adeptos, mormente em países com desenvolvimento econômico incompleto. Fazendo uma análise ponderada do tema, Carlos Ragazzo ressalta que “não há, portanto, retorno ao Estado Mínimo. E nem tampouco ao modelo de Estado keynesiano. É tempo de encontrar um meio-termo para que as atividades governamentais encontrem um ponto ótimo. Para tanto, devem existir critérios de avaliação da atuação estatal; esse é o ângulo que dará o norte para a busca do equilíbrio dos movimentos pendulares daqui por diante. Seguindo essa premissa, a primeira fase a ser ultrapassada diz respeito ao critério de intervenção estatal na economia em função da existência de falhas de mercado; que é a tese dominante” (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.18).

¹¹¹ PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p.175.

categorias, fórmulas e institutos desse ramo do direito público, cunhados há mais e um século”.¹¹²

1.5.2 A escalada de conflitos interadministrativos como efeito colateral do policentrismo do Estado Pós-moderno.

Destarte, podemos constatar, sem o risco de cometer alguma impropriedade, que um dos principais efeitos colaterais, não provocados intencionalmente pela emergência do Estado Regulador policêntrico no Brasil, foi a patente escalada dos conflitos interadministrativos¹¹³.

Sobre a questão dos problemas decorrente do policentrismo e da segmentação do Estado, Jacques Chevallier assevera que:

“o policentrismo e a segmentação que atingem as *estruturas estatais* têm, eles próprios, implicações sobre as condições de produção do direito: com efeito, eles implicam a diversificação das fontes do direito no seio do próprio Estado, com o risco de suscitar delicados problemas de ajustamento das competências de uns e de outros; cada uma das estruturas tende a tornar-se uma pequena ilha de direito, apta a produzir regras e a tomar decisões dotadas de força obrigatória associada aos enunciados jurídicos, em função das necessidades próprias do setor que ela está encarregada de regular. Esse poder próprio é reconhecido há longo tempo nos Estados Unidos em favor das grandes “Comissões Independentes”, que foram criadas a partir do fim do século XIX para enquadrar o funcionamento da economia de mercado; ele tende a se difundir generalizadamente em virtude do movimento de desagregação precedentemente analisado. O reconhecimento em favor das administrações independentes de um poder próprio de regulamentação despertou na França vivas controvérsias: isso parecia contrário às disposições da Constituição relativamente ao exercício do poder regulamentar do Primeiro-Ministro”.¹¹⁴

¹¹² GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar. / Org.: Sergio Guerra – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p.362.

¹¹³ Consideramos para fins deste estudo como “conflitos interadministrativos” toda e qualquer controvérsia entre órgãos ou entidades da Administração, incluídas as agências reguladoras, mas excluídos, logicamente, os chamados “conflitos federativos”, os quais só podem ocorrer entre os próprios entes federados, e os “conflitos interfederativos”, cujas partes seriam órgãos ou entidades de diferentes entes da federação. Sem embargo, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy apresenta uma classificação diversa para a espécie (cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema e o problema da litigância intragovernamental no contexto da defesa do interesse público. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, jan./fev. 2014).

¹¹⁴ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. (tradução Marçal Justen Filho). Belo Horizonte: Fórum. 2009.

Tratando especificamente da chamada litigância interadministrativa no Brasil, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy afirma que:

“há desentendimento entre órgãos e entidades governamentais em vários nichos de discussão, a exemplo do que se verifica no Poder Judiciário e em inúmeras instâncias da própria Administração, que para esse fim precisa ser repensado. O fato de que o Governo litigue contra si mesmo é incontestado no arranjo institucional brasileiro contemporâneo”.¹¹⁵

Ocorre que, os mecanismos até então utilizados para solucionar conflitos entre órgãos ou entidades em uma Administração de feição weberiana passaram a não ter mais condições de conter as consequências nefastas da existência de controvérsias interadministrativas complexas, oriundas de um Estado policêntrico.

Com efeito, proceder a uma releitura dos princípios da legalidade e da supremacia e indisponibilidade do interesse público, sob a ótica atual do Estado pós-moderno e da administração pública gerencial é fundamental para a construção de mecanismos de superação de eventuais conflitos entre órgãos e entidades autônomas, em relação aos quais as soluções pensadas para uma estrutura hierárquica piramidal da Administração não têm nenhuma utilidade prática.

Durante muito tempo, o excesso de apego ao princípio da supremacia do interesse público impediu a expansão da lógica da consensualidade na Administração

Nessa linha, Diogo de Figueiredo assevera que:

“a coordenação na administração pública, fosse a exercida pela via da cooperação, fosse pela colaboração, era considerada com suspicácia pelos cultores da mística da competência, face à indisponibilidade do interesse público, tanto porque entendiam que se uma entidade ou órgão dela titular negociasse um pacto cooperativo para seu emprego, estaria renunciando parcialmente a seu exercício, como porque supunha que isso importaria em transferir um poder indelegável”.¹¹⁶

Na verdade, o atendimento das necessidades dos cidadãos está muito além da simples observância do formalismo por parte da Administração. Para assegurar a efetividade do

¹¹⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema e o problema da litigância intragovernamental no contexto da defesa do interesse público. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, jan./fev. 2014.

¹¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em Tempos de Globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.30.

atendimento ao interesse público, a Administração deve agir em conformidade com os compromissos estabelecidos no texto constitucional. Nessa linha, Aline Gonzales Borges leciona que “na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais, expresso em seu monumental artigo 3º de nossa Constituição”.¹¹⁷

Em suma, assumindo que a emergência de um Estado Regulador policêntrico é uma realidade dos dias atuais, e não só no Brasil, mas também em diversos outros países¹¹⁸, não vislumbramos outra forma de atuação para a Administração, se não por instrumentos de cooperação entre órgãos e entidades dotados de autonomia para tomada de decisão, bem como de colaboração com particulares.

Assim, nos tópicos seguintes, passaremos a analisar e discutir possíveis meios de superação do policentrismo do Estado, com base na ideia de se utilizar a consensualidade como instrumento de exercício suave (*soft*) do poder no âmbito da Administração pública brasileira.

1.5.3 Análise e discussão de possíveis soluções para a atuação desconcertada da Administração

Suficientemente analisados os fatores que geram disfunções na atual sistemática dos processos de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura, decorrentes principalmente da ausência de um ambiente institucional de cooperação interna entre órgãos e entidades públicas no Brasil, podemos avançar para a discussão de possíveis hipóteses de soluções para o tema-problema.

¹¹⁷ BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Bahia, n°. 15, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/seguro/Supremacia.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹¹⁸ Como ocorre nos Estados Unidos da América.

1.5.3.1 A premência de uma Administração menos imperativa e mais consensual

Com o advento do Estado Democrático de Direito no Brasil, inconfundível produto da nova ordem constitucional inaugurada em 5 de outubro de 1988 ¹¹⁹, o controle jurisdicional dos atos da Administração passa a abranger uma análise axiológica (de índole valorativa e principiológica) do conteúdo do ato. Assim, restou superada a visão positivista de que o controle dos atos da Administração deveria dar-se-ia tão-somente em relação aos seus elementos puramente formais (competência, forma e objeto).

Assim, o Estado Democrático de Direito produziu uma evolução político-jurídica, estando agora a atuação da Administração permeada por novos princípios e valores, tais como, a eficiência, a busca de resultados e a consensualidade.

Para fazer frente aos seus novos desafios, e alcançar os resultados esperados e desejáveis no atendimento das necessidades da sociedade, a Administração passou a carecer de uma reformulação em sua forma de atuar.

A própria evolução da sociedade demandou a mutação de vários institutos do Direito Administrativo brasileiro, o qual passou da imperatividade para um momento de busca da consensualidade na tomada de decisões. ¹²⁰

Vários sistemas jurídicos considerados avançados vêm caminhando firmemente de encontro à adoção da consensualidade como instrumento de tomada de decisão pela Administração Pública. Na atualidade, a busca da eficiência na prestação dos serviços públicos e concretização de políticas públicas deve estar na pauta de qualquer governo instituído democraticamente.

Os procedimentos de participação popular têm sido uma das formas através das quais vem surgindo a figura do consenso entre a Administração e os particulares para o exercício de poderes administrativos. ¹²¹

¹¹⁹ Instituída com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em Tempos de Globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.26.

¹²¹ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “as formas de participação que se logram pela consensualidade são cada vez mais importantes nas democracias contemporâneas, uma vez que: contribuem para aprimorar a governabilidade; propiciam mais freios contra o abuso; garantem a atenção a todos os interesses; proporcionam decisão mais sábia e prudente; desenvolvem a responsabilidade das pessoas; e tornam as normas mais aceitáveis e facilmente obedecidas” (Ibidem, p.27). Sobre a questão da participação popular no aperfeiçoamento da regulação vide a Executive Order nº 13563, exarada em 18 de janeiro de 2011 pela Administração do presidente Barack H. Obama.

Conforme o princípio da consensualidade, sempre que houver possibilidade, a atuação da Administração deverá estar orientada no sentido da substituição da imperatividade pelo consenso entre os interessados¹²².

O exercício consensual ou *soft* de poderes administrativos possui inúmeras vantagens de ordem material e processual, se comparado ao modelo imperativo. O consenso permite uma maior aceitação da decisão pelos interessados e, conseqüentemente, gera menos litigiosidade. Sem sombra de dúvida, na maioria das vezes, a utilização de instrumentos consensuais permite que a Administração atenda aos interesses gerais de forma mais eficaz.

Nesse particular, podemos conferir a tipologia da consensualidade em relação às funções fundamentais do Estado, formulada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto nos seguintes termos:

“Primo, a consensualidade na produção de normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. Secundo, a consensualidade na administração de interesses públicos, com emprego de formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. Tertio, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição”.¹²³

Decerto, os acordos sobre o exercício de poderes administrativos substituem a atuação unilateral tradicional da Administração.

Segundo Patrícia Baptista, a primeira espécie de consenso administrativo consiste nos “acordos procedimentais, pactuados com o fim de tomar o lugar da decisão unilateral final da Administração ou, ao menos, de determinar previamente o seu conteúdo. Trata-se de substituir a tradicional unilateralidade decisória da Administração por uma decisão consensual”.¹²⁴

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Expandem-se e diversificam-se, em consequência, as formas coordenadas de atuação consensual, tanto pela via da coordenação, que se processa entre entes públicos, como da colaboração, que se dá entre entes públicos e particulares. Os tipos de atuação consensual incluem contratos e acordos,

¹²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 26.

¹²³ *Ibidem*, p. 41.

¹²⁴ BAPTISTA, Patrícia, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo. Renovar, 2003, p.281.

espécies do gênero pacto, sendo que ganham cada vez mais aceitação os acordos de programa, atos complexos destinados a aplicar negocialmente as competências de entidades públicas e as competências delegadas, voltadas a alcançar uma finalidade comum a todos os pactuantes”.¹²⁵

Além da redução da imperatividade pela implementação de modelos de consensualidade, no Estado pós-moderno, como já dito, a atuação da Administração Pública encontra-se permeada por novos princípios e valores, sendo que a construção de instrumentos jurídicos que privilegiem a eficiência e a consecução de resultados concretos e mensuráveis tornou-se prioridade para a Administração.

Acresce que, o Estado pós-moderno, em razão de sua crescente complexidade, clama por uma gestão administrativa mais comprometida com a eficiência, e não com o mero formalismo, assumindo uma atuação mais voltada à produção de resultados e ao atingimento de metas mensuráveis, ou seja, mais próxima do modelo do chamado direito administrativo dos negócios.¹²⁶

Carlos Ari Sundfeld explica o que seria o direito administrativo dos negócios nos seguintes termos:

“direito administrativo dos clips (DAC) é o da Administração de papelaria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades. Têm sido campos tradicionais desse modelo as atividades estatais de regulação (processos administrativos de licenciamento, registros, fiscalizações, aplicação de sanções etc.), além da gestão financeira, de pessoal e de patrimônio na Administração Direta e autarquias. (...) Ao DAC se opõe o direito administrativo dos negócios (DAN), o dos que se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, e com base nelas gerenciam a escassez de tempo e de recursos. Para esse âmbito, valem práticas opostas às do DAC: aumenta a informalidade nos procedimentos; a inação é o pior comportamento possível do agente; soluções devem ser encontradas o mais rápido; acordos são desejáveis; evitar e eliminar custos é fundamental; só se envolvem na decisão agentes e órgãos indispensáveis; riscos devem ser assumidos sempre que boa a relação custo-benefício etc.”¹²⁷

¹²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 27.

¹²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

¹²⁷ Idem.

Para alcançar tais objetivos, o Estado pós-moderno precisa desenvolver um novo perfil de atuação, com “novas estratégias de ação, mormente na construção das escolhas públicas”¹²⁸; visando a um melhor atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

Nesse particular, Alexandre Santos Aragão afirma que:

“De uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e cidadão (“administrado”), orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, se passa a um Direito Administrativo voltado a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível dos seus direitos fundamentais”.¹²⁹

Destarte, a chamada “contratualização” passou a representar um modo de superação da policentrismo e segmentação do Estado, permitindo uma atuação administrativa coordenada na realização de políticas públicas complexas, que dependem da atuação de mais de um órgão ou ente públicos.

Sobre a temática da “contratualização”, Jacques Chevallier ressalta que:

“rompendo com a lógica tradicional de setorialização, as políticas públicas são cada vez mais caracterizadas por uma exigência de *transversalidade*: a sua implantação supõe a intervenção de um conjunto de atores públicos, cuja cooperação será formalizada em um dispositivo contratual. A contratualização das relações entre o Estado e as coletividades territoriais foi, desse modo, um subproduto de uma descentralização que teve por efeito não somente dotar essas coletividades de uma autonomia de ação mais larga, mas também de a elas transferir atribuições ampliadas, a elas dando a possibilidade de construir verdadeiras “políticas”: o recurso a alguns procedimentos de tipo contratual torna-se a partir daí indispensável para harmonizar as ações conduzidas em diferentes níveis territoriais. Do mesmo modo, o contrato permite contrabalançar os efeitos da especialização funcional, assegurando o desenvolvimento de ações conjuntas. A contratualização aparece como o meio de preservar a coesão da ação pública, corrigindo os efeitos do policentrismo, da territorialização e da segmentação que afetam as estruturas estatais; a sua promoção revela que a concepção monolítica e piramidal do passado deu lugar a uma organização mais complexa, fundada sobre o pluralismo e a diversidade, e implicando o recurso a dispositivos flexíveis de coordenação e de harmonização”.¹³⁰

¹²⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011.

¹²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4.

¹³⁰ Sobre esse ponto Chevallier expõe ainda que: “essas diferentes facetas da contratualização são indissociáveis: a técnica contratual aparece como o meio de fazer cooperarem atores diversos, situados tanto no seio como fora do Estado e portadores de racionalidades divergentes. É assim que o “governo das cidades” implica doravante múltiplos atores: autoridades locais, mas também grandes empresas privadas, agências públicas e semipúblicas, diferentes segmentos do aparelho dos Estados,

Com efeito, junto com a “contratualização” emerge uma lógica de negociação e compromisso¹³¹ que passa a permear e a informar a atividade administrativa do Estado.

Nessa linha, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva leciona que:

“outra vertente do recurso a formas de actuação não autoritárias por parte da Administração Pública é a que respeita à contratualização da atividade administrativa. Olhada com desconfiança pela doutrina administrativa clássica, que tinha dificuldade em conciliar a ideia do consenso com o entendimento da Administração como poder, a contratualização é, cada vez mais, um modo importante e habitual de actuação da Administração Pública”.¹³²

Em resumo, informada pelo princípio da consensualidade (reclamado pelo atual estágio de evolução do Estado pós-moderno), a Administração deverá buscar em sua atuação o consenso entre os interessados; deixando de lado a cultura da utilização da imperatividade como regra. Nessa linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que:

“a consensualidade posta como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex: poder de polícia).

Vale ressaltar que, para permitir mudanças na forma de atuar da Administração, decorrentes da pós-modernidade do Estado, e objetivando captar investimentos privados em infraestrutura, foram criadas no direito brasileiro nos últimos anos novos institutos do direito

consultores e organismos de estudos, associações de todo gênero... que estão em situação de interdependência; o contrato permite ultrapassar esse conflito pela negociação, realizando desse modo a coordenação vertical e horizontal da ação pública. Como tal, a contratualização aparece emblemática dessas novas técnicas de “governança”, que são chamadas a tomar o lugar dos antigos métodos de “governo”, de tipo unilateral e coercitivo: a ação pública torna-se o produto de interações entre atores múltiplos, públicos e privados, quanto aos quais se procura conciliar as estratégias e harmonizar os interesses; o contrato é o meio de formalizar essa cooperação. A esse título, o movimento de contratualização em curso se inscreve bem em um movimento muito mais geral, pois que os métodos de governança se desenvolvem em todos os níveis (local, nacional, internacional) e nas organizações de toda natureza (notadamente, as empresas)” (cf. CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009).

¹³¹ Idem.

¹³² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 105-106.

administrativo, como, *verbi gratia*, as novas concessões de serviço público, os consórcios públicos e as parcerias público-privadas¹³³.

Não obstante, o Estado brasileiro ainda carece de novos arranjos jurídicos e modelagens institucionais que permitam uma atuação administrativa com maior flexibilidade e eficiência, em prol do crescimento econômico do país e do bem-estar da coletividade.

1.5.3.2 Os atuais instrumentos de resolução consensual de conflitos no âmbito da Administração pública

Indubitavelmente, a adoção dos institutos jurídicos da conciliação, mediação e arbitragem no âmbito da Administração Pública encontra-se em absoluta consonância com a busca da eficiência e de resultados pragmáticos mensuráveis na execução da atividade administrativa do Estado.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispôs sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

De acordo com o disposto no referido diploma legal podemos definir a mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”¹³⁴.

A disseminação da cultura da mediação no Brasil é um importante compromisso de natureza político-jurídica assumido pelas mais altas autoridades do país no II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.¹³⁵

Para a consecução dos objetivos estabelecidos no II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo os Chefes dos Três Poderes assumiram em relação a questão da prevenção de judicialização de conflitos, sem prejuízo das respectivas competências constitucionais relativamente à iniciativa e à tramitação das proposições

¹³³ Para mais informações vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2006.

¹³⁴ Cf. artigo da Lei nº 13.140/2015.

¹³⁵ O referido Pacto foi assinado em 13 de abril de 2009 pelos Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para reafirmar e ampliar os compromissos estabelecidos no Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano, exarado em dezembro de 2004, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

legislativas, o compromisso de fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização e ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação.¹³⁶

No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, objeto de interesse do presente estudo, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

Na hipótese de não haver acordo entre os interessados quanto a solução da controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação correlata. Caso a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou em análise pelo Tribunal de Contas da União, o acordo entre os interessados dependerá da anuência expressa do respectivo juiz da causa, ou ministro relator das respectivas contas.

Há previsão de aplicação subsidiária da Lei nº 13.140/2015, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências. O processo de mediação relativo às relações de trabalho encontra-se exceto dessa aplicação subsidiária da norma, devendo o mesmo ser regulado por lei própria.

Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas. Decerto, tal possibilidade é aplicável às agências reguladoras federais, cada qual em relação ao seu respectivo setor da economia.

Com o objetivo de facilitar a participação dos interessados, a mediação poderá ser feita pela Internet, ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo, sendo facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se às disposições da Lei nº 13.140/2015.

¹³⁶ Conforme texto publicado no DJU de 26 de maio de 2009.

1.5.3.3 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

Também é digna de nota a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, dentro da estrutura da Advocacia-Geral da União.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União (AGU), foi instituída originalmente pelo Ato Regimento AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007, do Advogado-Geral da União, com o objetivo de reduzir a quantidade de controvérsias judiciais que envolvessem a União e autarquias, fundações sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Atualmente, o escopo de atuação da CCAF encontra-se ampliado, sendo-lhe atribuída competência para promover a solução de controvérsias de natureza jurídica envolvendo entes da Administração Pública Federal, direta e indireta, e entre esses e os órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em respeito ao princípio federativo, é voluntária a participação de Estados, do Distrito Federal e de Municípios (assim como de seus respectivos órgãos e entidades) no processo de conciliação instaurado no âmbito da CCAF.

A CCAF promove a conciliação de interesses divergentes dos diversos órgãos da Administração, criando ambiente propício e estimulando a consolidação da prática conciliatória como mecanismo de redução dos conflitos interadministrativos.

A atuação da CCAF encontra-se em absoluta consonância com a necessária busca pela eficiência no exercício da função administrativa pelo Estado, na medida em que gera a racionalização de custos pela redução de demandas administrativas e judiciais envolvendo órgãos e entidades da Administração.

Além de evitar a judicialização de inúmeras novas demandas, a CCAF também atua para encerrar demandas judiciais já em curso, promovendo a rápida pacificação entre as partes e a redução de custos a longo prazo com o custeio da máquina do Poder Judiciário.

A criação de um ambiente de consensualidade produz a redução da litigiosidade e de animosidades entre órgãos e entidades da Administração, permitindo à CCAF ser vista como órgão de articulação de políticas públicas, baseadas na promoção do diálogo e da mútua cooperação administrativa.

1.5.3.4 O recém aprovado marco regulatório da arbitragem na Administração pública

Recentemente foi editada a Lei nº 13.129, em 26 de maio de 2015¹³⁷, objetivando alterar disposições da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem aos órgãos e entidades da Administração Pública.

Não obstante, o consenso que há no âmbito acadêmico de que a primeira controvérsia entre particulares e a Administração pública oficialmente solucionada no Brasil por meio de um procedimento de arbitragem foi o chamado Caso Lage¹³⁸, não há como deixar de reconhecer o avanço institucional proporcionado pelo advento da Lei nº 13.129/2015. O referido diploma legal inova o ordenamento jurídico, trazendo grande avanço ao estabelecer um autêntico marco regulatório da arbitragem para a Administração Pública no Brasil.

De acordo com as disposições da nova lei, a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Decerto, a instituição da arbitragem no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública constitui um passo decisivo na direção da construção paulatina de um modelo de gestão menos imperativo e mais consensual no Brasil.

¹³⁷ A Lei nº 13.129 entrou em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial, ocorrida em 27 de maio de 2015.

¹³⁸ Foi autorizado pelo Decreto nº 9.521, de 26 de julho de 1946, a constituição de um juízo arbitral para definir o valor da desapropriação de propriedades de empresas de navegação e portuárias do Grupo Lage. Posteriormente o Supremo Tribunal Federal considerou válido o procedimento, o que tornou tal decisão um verdadeiro *leading case* em relação à temática da arbitragem no âmbito da Administração Pública brasileira.

1.5.4 A busca de novos instrumentos jurídicos que permitam evitar o surgimento de novos conflitos interadministrativos

Consideramos que tanto a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), quanto a recente instituição da arbitragem no âmbito da Administração Pública, no que diz respeito à solução de conflitos e à redução da judicialização de demandas, são instrumentos importantes na busca da eficiência da atividade administrativa do Estado.

Não obstante, tendo em vista que os atuais instrumentos consensuais de que dispõe a Administração atuam somente após instaurada a controvérsia, devemos ser ousados e buscar novas formas de superar conflitos, por meio de instrumentos que não apenas deem solução, mas impeçam o surgimento dos mesmos, com base em uma atuação preventiva e consensual.

Nesse desiderato, devemos indagar como seriam esses instrumentos jurídicos, e se países considerados eficientes possuem institutos ou procedimentos específicos para seus processos de licenciamento ambiental em que há a participação de mais de um órgão ou entidade da Administração com igual competência para decidir, como ocorre no Brasil.

Decerto, essa é uma questão ligada à governança institucional do processo de licenciamento ambiental, que passaremos a analisar em seguida.

1.5.4.1 A governança institucional e a racionalidade cooperativa

A governança institucional que surge a partir da crise de governabilidade aponta para um “outro modo de pilotagem do social, repousando mais sobre a cooperação dos atores do que sobre a unilateralidade”.¹³⁹

Segundo Kissler e Heidemann:

“uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e

¹³⁹ Idem.

chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes.”¹⁴⁰

Segundo Jacques Chevallier há uma estreita ligação entre a:

“regulação e governança: se a ideia de regulação remete à ideia de uma certa função a exercer, de certos objetivos a atingir — a saber, a manutenção de um equilíbrio de conjunto —, sua concretização implica o recurso a novos modos de exercício do poder. A regulação pressupõe a governança, com a qual ela forma uma dupla indissociável”.¹⁴¹

A governança apresenta para Administração uma nova abordagem, mais aberta a participação, e voltada a busca do consenso dos interessados na tomada de decisões, a qual é fundamental à legitimação da atuação estatal em relação à complexidade atual das questões da sociedade.

Segundo Philip Schmitter, citado por Chevallier:

"a governança é um método ou um mecanismo de regulação de uma ampla série de problemas ou conflitos, pelo qual os atores chegam regularmente a decisões mutuamente satisfatórias ou coercitivas, através da negociação e da cooperação"; ela se caracteriza por "formas horizontais de interação entre atores que possuem interesses contraditórios, mas que são suficientemente independentes uns dos outros para que nenhum deles possa impor uma solução por si só, sendo suficientemente interdependentes para que eles sejam todos perdedores se nenhuma solução for encontrada".¹⁴²

A ideia da governança como mecanismo de cooperação administrativa espalhou-se para além da ordem interna dos países, tendo sido difundida na esfera internacional. Da mesma forma que no âmbito interno, a lógica da governança ganha força em razão do fato de que os instrumentos tradicionais de solução de questões ou potenciais conflitos já não se mostram suficientes para cumprir seu papel. A ampliação da participação dos interessados,

¹⁴⁰ KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? RAP. Rio de Janeiro, Maio/Jun. 2006, p. 482. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n3/31252.pdf>> Acesso em: 11 jan. 2016

¹⁴¹ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p.129-146, out/dez. 2005.

¹⁴² Idem

objetivando a construção de compromissos aceitáveis com base no consenso tornou-se o meio mais eficiente para atender a complexidade do mundo atual.

A racionalidade da cooperação inerente ao modelo de governança representa a superação dos instrumentos tradicionais de governo e de exercício do poder, os quais eram baseados na unilateralidade e supremacia estatal.

Tratando especificamente do aperfeiçoamento da governança ambiental, em uma perspectiva de ampliação da participação da sociedade no processo de licenciamento, Pedro Roberto Jacobi ressalta que:

“o principal entrave a uma efetiva democratização da gestão ambiental, dado o alcance da presença da sociedade civil organizada, na sua diversidade e heterogeneidade, é que, em muitos casos, os conselhos ambientais se transformam em órgãos majoritariamente controlados pelo Executivo. Isto coloca em questão a governança ambiental, na medida em que se promove pouca cooperação em nome de interesses compartilhados, reduzindo a possibilidade de um efetivo confronto entre interesses conflitantes. Um dos grandes fatores limitantes é a irregularidade da participação, com a troca freqüente de atores no desenrolar dos processos”.¹⁴³

1.6 A cultura institucional de autopreservação dos técnicos ambientais

Outro fator que parece causar atrasos consideráveis na atividade de licenciamento ambiental é decorrente da cultura institucional de autopreservação dos agentes públicos que atuam nos órgãos ligados à fiscalização e proteção do meio ambiente.

Indubitavelmente, a atual sistemática de responsabilização dos agentes públicos que atuam diretamente nos casos de licenciamento ambiental cria incentivos para comportamentos indesejáveis por parte dos mesmos.

Essa disfunção relativa à cultura institucional de autopreservação dos servidores públicos integrantes dos quadros dos órgãos ambientais guarda semelhança com o clássico “problema da relação agente-principal”.¹⁴⁴

Segundo Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo:

¹⁴³ JACOBI, Pedro Roberto. Governança institucional de problemas ambientais. Revista Política & Sociedade: V.4 n. 7: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1969>>. Acesso em: 10 jan 2016.

¹⁴⁴ Situação que ocorre quando o agente (pessoa contratada para desempenhar uma atividade determinada; podendo ser um funcionário ou administrador) persegue seus próprios objetivos deixando de lado os objetivos desejados por quem o contratou, que é chamado de principal (que é, em regra, o proprietário da empresa).

“a relação (e, conseqüentemente, o problema) entre principal e agente é simples de entender. O agente é contratado para realizar um trabalho ou tarefa em nome do principal. Agente e principal, no entanto, detêm incentivos (a rigor, seria melhor dizer interesses) diferentes, daí derivando-se o problema dessa relação. Na verdade, cabe ao principal elaborar um tipo de contrato e um sistema de controle e de monitoramento que garanta que o agente obedeça aos seus comandos. Embora esse tipo de circunstância (ou problema) possa também ocorrer no setor privado, e não apenas no setor público, o problema do principal e agente é relacionado como uma das falhas e governo”.¹⁴⁵

Não obstante, não se pode perder de vista que no caso dos servidores públicos de órgão ambientais, que poderiam ser enquadrados como agentes, os objetivos a serem legitimamente perseguidos pelos mesmos estarão sempre ligadas ao estrito cumprimento de suas atribuições e deveres funcionais. Isto porque, nessa relação não podemos considerar como principal nenhum outro senão o povo brasileiro, bem como os objetivos a serem alcançados não poderiam ser nada além do atendimento do interesse público.

Nas empresas privadas é a assimetria de informações que provoca o surgimento do problema da relação agente-principal, na medida em que não produz nenhum incentivo para os agentes agirem em sintonia com os interesses do principal. Normalmente os elevados custos de monitoramento efetivo da atuação dos agentes impede que as empresas corrijam a referida assimetria de informações.

Cuidando do problema da relação agente-principal, mas especificamente em relação aos órgãos público, Pindyck e Rubinfeld asseveraram que:

“A análise da relação agente-principal pode também pode ajudar a estudar o comportamento de administradores de órgãos públicos. Esses administradores podem estar interessados em poder e em gratificações, objetivos que podem ser alcançados expandindo-se o órgão para além de seu nível ‘eficiente’. Devido ao alto custo do monitoramento do comportamento dos administradores públicos, não há garantias de que eles atingirão níveis eficientes de produção. Investigações realizadas pelo Legislativo sobre determinado órgãos do governo provavelmente não serão eficazes, uma vez que o órgão possui um número maior de informações a respeito de seus próprios custos do que dispõe o Legislativo. Embora o setor público não esteja submetido às forças de mercado que mantém os administradores de empresas privadas sob controle, ainda assim os órgãos do governo podem

¹⁴⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 47.

ser monitorados com eficácia. Em primeiro lugar, os administradores desses órgãos se preocupam com muitos aspectos além do tamanho das agências governamentais que dirigem. De fato, muitos deles optaram por cargos públicos de baixa remuneração por se preocupar com o ‘interesse público’. Em segundo lugar, os administradores públicos estão sujeitos aos rigores do seu mercado de trabalho de modo muito semelhante aos profissionais de empresas privadas. Se for constatado que determinados administradores públicos estão procurando alcançar objetivos impróprios, a possibilidade de obter altos salários no futuro pode diminuir. Em terceiro lugar, as legislaturas e outros órgãos governamentais executam uma função de supervisão. Nos Estados Unidos, por exemplo, o *Government Accounting Office* e o *Office of Management and Budget* utilizam uma parte substancial de sua capacidade de trabalho no monitoramento de outros órgãos governamentais norte-americanos”.¹⁴⁶

Em relação a essa mesma questão da cultura de autopreservação dos técnicos ambientais, o Relatório elaborado pelo Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) acerca do licenciamento ambiental de empreendimentos do setor elétrico brasileiro, baseado em entrevistas com profissionais do setor, apresenta as seguintes constatações:

“as entrevistas com atores envolvidos no processo de licenciamento ambiental para empreendimentos hidrelétricos, revelaram o temor dos funcionários de órgãos licenciadores em sofrer possíveis penalidades impostas pelas Leis de Crimes Ambientais (Lei Federal nº 9.605/98) e Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92). Tal lei, a qual tem precedente em poucos países (se houver), confere responsabilidade penal objetiva à pessoa dos agentes públicos, neste caso do agente licenciador, i.e., mesmo por atos praticados de boa-fé em circunstâncias complexas. Isso causa um comportamento avesso a riscos entre aqueles responsáveis pela emissão das licenças, os quais se focam unicamente na possibilidade de erro por comissão (e pouco ou nenhum foco em erros por omissão). Esse temor tem ensejado insegurança nas respostas aos requerimentos, bem como em seus pedidos de informação e complementação, o que naturalmente faz com que o técnico responsável evite até mesmo a possibilidade de erro nas suas análises e concessões de licenças”.¹⁴⁷

¹⁴⁶ PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia - tradução: Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira - 7ª ed. – São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010. p.564. O *Government Accounting Office* e o *Office of Management and Budget* realizam o monitoramento da gestão e execução orçamentária de outros órgãos governamentais norte-americanos com vistas à promoção da eficiência e aperfeiçoamento institucional dos mesmos. Segundo Marçal Justen Filho, o âmbito de atuação das referidas agências é a gestão administrativa interna, sendo a segunda (*Office of Management and Budget*) uma “entidade extremamente poderosa, diretamente vinculada ao Presidente dos EUA e encarregada de produzir propostas orçamentárias e fiscalizar a execução das leis orçamentárias” (cf. JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. pp. 64-65)

¹⁴⁷ BIRD. Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate. Brasília – BIRD, 2008, p.15.

Nessa linha, a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE), no estudo relacionado à problemática do licenciamento ambiental no Brasil, já citado anteriormente em nosso introito, concluiu que a principal causa da disfunção em tela consiste no:

“excessivo encargo imposto sobre os profissionais públicos que atuam no processo de licenciamento ambiental. É comum se verificar, por exemplo, a condenação de técnicos do Ibama por crimes ambientais e por improbidade administrativa, em uma responsabilização penal e administrativa praticamente objetiva em relação aos resultados produzidos pelo seu trabalho. Isso causa um comportamento avesso a riscos entre aqueles responsáveis pela emissão das licenças, que se focam unicamente na possibilidade de erro por comissão (e pouco ou nenhum foco em erros por omissão). Esse temor tem ensejado insegurança nas respostas aos requerimentos, bem como em seus pedidos de informação e complementação, o que naturalmente faz com que o técnico responsável evite até mesmo a possibilidade de erro nas suas análises e concessões de licenças”.¹⁴⁸

Nas conclusões desse estudo, a SAE apresenta proposta no sentido de atribuir aos servidores da área técnica dos órgãos ambientais que atuam diretamente na análise do processo de licenciamento ambiental “discricionariedade técnica, garantindo que eles não poderão ser pessoalmente responsabilizados civil, penal ou administrativamente se suas decisões estiverem devidamente fundamentadas”.

A despeito de não concordarmos com a existência de uma modalidade autônoma de discricionariedade administrativa no direito brasileiro que poderia ser classificada como **discricionariedade técnica**¹⁴⁹, estamos de acordo com o cerne da proposta apresentada pela SAE, consistente em conceder aos agentes públicos diretamente responsáveis pelo licenciamento ambiental maior segurança para o desempenho de suas funções.

¹⁴⁸ Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Licenciamento ambiental. Brasília - junho de 2009. Disponível em: <http://www.robortounger.com/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em 20 dez de 2015

¹⁴⁹ Cf. VOLOTÃO, Romilson de Almeida. A discricionariedade administrativa e suas modalidades no Estado Regulador. In: Teoria do Estado Regulador/ Org. Sérgio Guerra – Lisboa: Juruá, 2015, pp.407-430

Nesse particular, ressaltamos a falácia da tese de que instrumentos jurídicos de blindagem¹⁵⁰ dos agentes públicos devem sempre ser considerados privilégios, porque motivados por interesses corporativistas ou patrimonialistas.

Sem embargo, não temos dúvida de que, em muitos casos, a blindagem conferida pelo ordenamento jurídico, ou mesmo pela cultura institucional do órgão, é necessária e até imprescindível ao pleno exercício das funções do agente público, sem a qual não poderia exercer eficientemente suas atribuições.

Com efeito, reconhecemos que agentes públicos precisam normalmente precisam de algum nível de blindagem, na medida certa e dentro de padrões de razoabilidade. Sendo assim, consideramos que o grau dessa blindagem deve variar conforme o grau de responsabilidade, os interesses em jogo na atuação do agente público, e as peculiaridades das atribuições desempenhadas pela respectiva categoria funcional.

Nessa linha, não há dúvida de que prerrogativas conferidas a determinadas categorias de agentes públicos podem ser absolutamente justificáveis, desde que pautadas em razões de ordem objetiva e dirigidas unicamente à busca da eficiência da atividade administrativa e ao atendimento do interesse público.

Arnaldo Sampaio Godoy, ao comentar os efeitos do atual sistema de responsabilização dos agentes administrativos sobre a qualidade das decisões tomadas pelos mesmos, assevera que:

“agentes administrativos são responsabilizados por qualquer atuação que fuja da exata dicção da lei. Auditores da Receita Federal, Procuradores da Fazenda Nacional, Gestores do Ministério do Planejamento, Analistas dos vários Ministérios não detêm prerrogativas que são exclusivas dos membros da Magistratura ou do Ministério Público, como a independência funcional. Não se pode exigir comportamento de quem vive com a ameaça da improbidade administrativa, e que não detém prerrogativas funcionais que justificassem melhores decisões. Nesse sentido, há recorrente fiscalização, por parte de vários órgãos de controle, a exemplo das corregedorias, e especialmente do Tribunal de Contas, bem como conjunto muito amplo de controle indireto, a propósito de ações de improbidade administrativa e de ações populares”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Chamamos de *blindagem* a atribuição de prerrogativas a um determinado grupo de agentes públicos com objetivo de permitir que tais agentes possam desempenhar suas funções, estando livres de ingerências políticas ou pressões de qualquer espécie. Da mesma forma, consideramos que prerrogativas conferidas a agentes públicos com objetivos corporativistas, ideológicos ou patrimonialistas constituem, em verdade, privilégios ilegítimos e inconstitucionais, por ofenderem ao mesmo tempo os princípios democrático, republicano e da igualdade. Também não deixamos de reconhecer que em diversas situações, determinados estamentos burocráticos visam seus próprios interesses, como, v.g., melhorias de padrão remuneratório e de *status* funcional, ou empoderamento, desconsiderando por completo o atendimento aos interesses da sociedade. Entretanto, não nos parece ser esta a questão de fundo relacionada aos técnicos ambientais.

¹⁵¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema e o problema da litigância intragovernamental no contexto da defesa do interesse público. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, jan./fev. 2014.

Ariosvaldo Santos de Souza, tratando especificamente do caso dos técnicos lotados em órgãos e entidades ambientais responsáveis pelo licenciamento de empreendimentos de infraestrutura, afirma que “o temor de criminalização dos técnicos aumentou o grau de exigências e o sistema de controle administrativo e judicial expôs à sociedade questões do licenciamento sem fazer com que o mesmo demorasse ainda mais”.¹⁵²

Destarte, ao que tudo indica, a cultura institucional de autopreservação dos agentes públicos que atuam diretamente no processo de licenciamento ambiental, além de concorrer para a demora na tomada de decisões no decorrer do respectivo processo, produz excessiva cautela por parte dos mesmos no estabelecimento de exigências e condicionantes ambientais¹⁵³.

Essa excessiva cautela pode estar gerando a fixação de condicionantes ambientais desnecessariamente rigorosas, não fundamentados, ou até impertinentes. Na Administração brasileira vige a cultura institucional de que o agente público que atua com excesso de rigor é um austero cumpridor da legislação; ainda que não haja motivo justificado para tal conduta.¹⁵⁴

Entretanto, a referida cultura de autopreservação, a despeito de muito criticada, parece ser um comportamento racional por parte daqueles agentes públicos, dado o excessivo grau de responsabilização ao qual se encontram submetidos pelo atual sistema.

Nesse particular, tivemos notícia de técnicos de órgãos ambientais que se tornaram réus em ações civis públicas de improbidade administrativa e ações penais movidas por órgãos do Ministério Público, com vistas à responsabilização por decisões aparentemente corriqueiras, tomadas no âmbito do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura.¹⁵⁵

Conforme o disposto no artigo 13 da Lei nº 11.516, editada em 28 de agosto de 2007, “a responsabilidade técnica, administrativa e judicial sobre o conteúdo de parecer técnico conclusivo visando à emissão de licença ambiental prévia por parte do Ibama será exclusiva de órgão colegiado do referido Instituto, estabelecido em regulamento”.

¹⁵² SOUZA, Ariosvaldo Santos de. Licenciamento ambiental, energia e desenvolvimento: caso da Usina Hidrelétrica de Jirau.

¹⁵³ Na linha do magistério de Carlos Ari Sundfeld, utilizamos o termo ‘condicionante ambiental’ para designar qualquer requisito, critério ou encargo exigidos para a concessão do licenciamento ambiental respectivo (cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador. São Paulo: Malheiros, 2003).

¹⁵⁴ Na perspectiva do chamado “direito administrativo dos clips”, tão criticado por Carlos Ari Sundfeld, o agente público que diz “não”, normalmente, evita uma eventual responsabilização, ainda que fazendo isso sacrifique a eficiência administrativa.

¹⁵⁵ O MPF ajuizou ação pretendendo responsabilizar servidor do IBAMA por ter aceitado o Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) do empreendimento da UHE de Belo Monte. A principal acusação era a de que não foram apresentados documentos necessários para o ato, como os referentes às populações indígenas afetadas e à qualidade da água. Fonte: Assessoria de Comunicação do IBAMA. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/publicadas/agu-comprova-validade-de-ato-de-servidor-do-ibama-que-aprovou-estudos-ambientais-da-obra-da-uhe-de-belo-monte>>. Acesso em 30 dez 2015.

Entretanto, a já não tão recente alteração legislativa não parece ter cumprido os objetivos aos quais se destinava, uma vez que não foram sentidas alterações significativas na sistemática de responsabilização dos técnicos ambientais. Tal situação pode ter ocorrido em razão da ausência de efetiva regulamentação do dispositivo legal em comento.¹⁵⁶

Indubitavelmente, constitui fator de agravamento desse quadro de excessiva responsabilização dos técnicos ambientais a previsão da modalidade culposa para os crimes previstos nos artigos 66 e 69-A da Lei nº 9.605, de 1998 (conhecida como Lei de Crimes Ambientais).¹⁵⁷

Nesse particular, estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) chegou as seguintes conclusões:

“nesse cenário, basta que, ao elaborar manifestação nos autos do processo de licenciamento, o técnico deixe de citar algum fato ou impacto, ainda que por desconhecimento (ou seja, sem intenção de causar prejuízo), para que possa ser criminalmente responsabilizado. Ao que tudo indica, essa modalidade de responsabilização (culposa), ao invés de simplesmente coibir ações imprudentes, negligentes e imperitas, acaba por incentivar atitudes protelatórias e engessar a atuação dos técnicos dos órgãos ambientais licenciadores, que, muitas vezes, deixam de adotar medidas autorizadas no sistema normativo e que entendem tecnicamente adequadas por receio das consequências desse ato. Soma-se ao texto da Lei de Crimes Ambientais, que permite a responsabilização do técnico ambiental na modalidade culposa, a atuação incisiva do MP nos processos de licenciamento ambiental, utilizando-se, não raras vezes, de instrumentos como esse (a responsabilização dos técnicos) para obter os resultados pretendidos, ao revés do fato de que a gestão do processo e a discricionariedade cabem ao órgão licenciador, que possui competência legal para estipular as medidas a serem adotadas pelo empreendedor em cada caso.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ Conforme prevê o parágrafo único do art. 13 da Lei nº 11.516/2007, “até a regulamentação do disposto no caput deste artigo, aplica-se ao licenciamento ambiental prévio a legislação vigente na data de publicação desta Lei”.

¹⁵⁷ “Lei nº 9.605/1998: (...) Art. 66. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa. Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa”.

¹⁵⁸ Proposta da indústria para o aprimoramento do licenciamento ambiental: setor elétrico. Confederação Nacional da Indústria. CNI. Brasília, 2015, p. 37. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2015/12/09/10280/licen_amb_set_ele_final.pdf> Acesso em: 25 dez 2016

Da mesma forma, ingerências políticas indevidas, eventualmente praticadas no processo de tomada de decisões no setor de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura, constituem agravantes ao quadro apresentado.

Nessa linha, o mencionado estudo do CNI faz a seguinte recomendação de ordem ética: “é também necessário dissociar do processo de licenciamento as questões de políticas sociais e ideológicas, para que se concentre na melhoria da *performance* ambiental dos projetos, com respostas positivas à sociedade”.¹⁵⁹

Constatação interessante sobre a questão da cultura de autopreservação dos técnicos ambientais é a de que a referida disfunção produz um efeito diametralmente oposto ao produzido pelo fenômeno da captura regulatória.

Segundo Antônio Sérgio Rodrigues, verifica-se a captura regulatória quando:

“uma agência estatal reguladora, criada para defender o interesse público, atua em favor dos interesses comerciais ou especiais que dominam a indústria ou setor sob regulação. Captura regulatória representa, portanto, uma falha de governo, pois ele próprio pode agir como um incentivo para as grandes empresas que produzem externalidades negativas. No contexto de informações assimétricas entre a agência reguladora e a empresa regulada, surge, segundo Carvalho Filho (2008, p.460) o que a doutrina denominou de “teoria da captura” (“capture theory”, na doutrina americana) que busca impedir que o órgão regulador perca sua capacidade de decidir em favor do interesse da sociedade na prestação do serviço público adequado e passe a produzir atos regulamentares e de gestão em favor de interesses privados dos segmentos regulados”.¹⁶⁰

1.6.1 Buscando soluções para o problema da cultura de autopreservação dos técnicos ambientais

Como já analisado em tópico anterior, diante da atual sistemática de responsabilização dos técnicos de órgãos ambientais, a adoção de um comportamento de autopreservação por parte dos mesmos pode ser considerada como uma decisão absolutamente racional.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ RODRIGUES, Antônio Sergio. Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora – Revista ANTT. Agência Nacional de Transportes Terrestres – Volume 3 - Número 1 – Maio de 2011. Disponível em <http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed4/_asp/ed4-assimetriadeinformacoes.asp>. Acesso em 30 dez 2015.

Não obstante, não se pode virar as costas para essa questão, tendo em vista que as consequências do referido comportamento geram atrasos e prejuízos socioambientais para o país. Com efeito, não podemos nos furtar a buscar solução para esse problema.

Nesse desiderato, entendemos que a instauração de um ambiente de consensualidade e cooperação interadministrativa, por meio da mudança do atual modelo do processo de licenciamento, permitirá o acesso dos técnicos ambientais a um nível ótimo de informação e conhecimento acerca dos eventuais impactos ambientais de cada empreendimento, o que deverá diminuir sobremaneira a percepção dos riscos na tomada de decisões, auxiliando na superação do problema.

A adoção de um novo modelo para o processo de licenciamento ambiental que priorize a tomada de decisões consensuais e bem informadas, poderia afastar a excessiva responsabilização individual ao qual se encontram submetidos os técnicos ambientais no sistema atual.

Outro fator que pode contribuir para a correção da disfunção em tela, é a constante capacitação e valorização dos técnicos ambientais, respectivamente, por meio da realização de cursos de especialização por parte da Administração e da criação de carreiras específicas para o setor ambiental, com prerrogativas e remuneração condizentes com a importância das atribuições do cargo.

Nossa proposta de valorização dos técnicos ambientais está em absoluta consonância com as diretrizes da Reforma Administrativa do Estado promovida no Brasil em meados da década de 90 do século passado. Nesse particular, consideramos indubitável que os referidos servidores públicos desempenham atividades designadas como exclusivas do Estado.¹⁶¹

¹⁶¹ Na lição de Luiz Carlos Bresser Pereira, “os Estados modernos contam com quatro setores: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas, os serviços não-exclusivos, e a produção de bens e serviços para o mercado. O núcleo estratégico é o centro no qual se definem a lei, as políticas e o modo de, em última instância, as fazer cumprir. É formado pelo Parlamento, pelos Tribunais, pelo Presidente ou Primeiro-ministro, por seus ministros e pela cúpula dos servidores civis. Autoridades locais importantes também podem ser consideradas parte do núcleo estratégico. No caso do sistema ser federal, também integram esse núcleo os governadores e seus secretários e a alta administração pública estadual. Atividades exclusivas são aquelas que envolvem o poder de Estado. São as atividades que garantem diretamente que as leis e as políticas públicas sejam cumpridas e financiadas. Integram este setor as forças armadas, a polícia, a agência arrecadadora de impostos - as tradicionais funções do Estado - e também as agências reguladoras, as agências de financiamento, fomento e controle dos serviços sociais e da seguridade social. As atividades exclusivas, portanto, não devem ser identificadas com o Estado liberal clássico, para o qual bastam a polícia e as forças armadas. A idéia de opor uma orientação para o consumidor, que seria conservadora, a uma orientação para o usuário, que seria social-democrata, faz um pouco mais de sentido, se definirmos o consumidor como um indivíduo que paga pelos serviços que obtém do Estado, enquanto o usuário é financiado pelo Estado. Serviços não-exclusivos são todos aqueles que o Estado provê, mas que, como não envolvem o exercício do poder extroverso do Estado, podem ser também oferecidos pelo setor privado e pelo setor público não-estatal (“não-governamental”). Este setor compreende os serviços de educação, de saúde, culturais e de pesquisa científica. Por fim, o setor de produção de bens e serviços é formado pelas empresas estatais” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.) *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp.31-32. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/7562_Cached.pdf>. Acesso em 13 dez 2015).

Tratando do aperfeiçoamento da forma de atuação dos técnicos ambientais, Carlos Ari Sundfeld leciona que:

“o que pôs na berlinda o licenciamento ambiental recentemente foi, portanto, menos a profundidade das restrições ambientais do que as características das práticas administrativas, que se amparam no direito administrativo do *clips*. Adiantará bem pouco reformar normas ambientais, se o verdadeiro problema está na matriz jurídico-administrativa. Para reformá-la, deve-se atentar para certas práticas inovadoras e avaliar seus resultados. Um exemplo é a crescente celebração de TAC (termos de ajustamento de conduta) entre órgãos administrativos e sujeitos acusados de infrações administrativas. Estará essa experiência a sugerir alguma modalidade de procedimento consensual para tornar mais ágeis e racionais os licenciamentos ambientais? Quem sabe se autoridades atuando como negociadoras econômico-ambientais, com amplíssimo poder de transigir e metas a cumprir, inclusive de prazo, não serão capazes de obter melhores resultados para o interesse público? Em suma: será boa ideia adotar práticas de direito administrativo dos negócios para sair do impasse criado pelo *clips* nos processos ambientais? Que práticas seriam essas e como aplicá-las aqui? Como evitar seu bloqueio por via judicial? Essas são questões para os próximos anos”.¹⁶²

Consideramos oportuno lembrar que um os motivos da criação das agências reguladoras independentes no Brasil, também durante a Reforma do Estado, foi salvaguardar determinadas categorias de agentes públicos, responsáveis pela regulação de setores estratégicos da economia, das influências de origem político-partidária, ou dos chamados *anéis burocráticos*¹⁶³, que se encontram nos bastidores da máquina do governo.

Nesse particular, Gustavo Binenbojm ressalta que:

“na lógica do Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRE), de 1995, as agências reguladoras independentes seriam instrumentos essenciais para dissolver os *anéis burocráticos* dos Ministérios e subtrair a regulação de setores estratégicos da economia do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República de um ponto de vista pragmático, essa despolitização tinha por objetivo criar um ambiente regulatório não

¹⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

¹⁶³ A expressão “*anéis burocráticos*” foi originalmente cunhada por Fernando Henrique Cardoso, para quem esses “*anéis*” “não advêm da existência de solidariedades ou da possibilidade de busca de recursos políticos comuns entre camadas ou frações de classe mais amplas, mas da definição, nos quadros dados pelo regime, de um interesse específico que pode unir, momentaneamente ou, em todo caso, não permanentemente, um “*círculo de interessados*” na solução de um problema: uma política energética ou rodoviária, o encaminhamento de uma sucessão estadual, a defesa de uma política tarifária etc. O que os distingue de um lobby é que são mais abrangentes (ou seja, não se resumem ao interesse econômico) e mais heterogêneos em sua composição (incluem funcionários, empresários, militares, etc.) e, especialmente, que para ter vigência no contexto político-institucional brasileiro, necessitam estar centralizados ao redor do detentor de algum cargo”. (CARDOSO, Fernando Henrique. *Autoritarismo e democratização*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 208).

diretamente responsivo à lógica político-eleitoral, mas pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial.”¹⁶⁴

Para além da necessidade de superação das influências decorrentes dos “anéis burocráticos”, serão apresentadas propostas de aperfeiçoamento do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Capítulo 4 desta dissertação.

1.7 Consequências indesejáveis das disfunções do processo de licenciamento ambiental

Com base na revisão bibliográfica sobre o tema-problema, podemos constatar que as principais consequências das disfunções verificadas no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil consistem em: a) prejuízos socioeconômicos decorrentes da demora na tomada de decisões e na conclusão do processo; e b) o congestionamento de canais do Poder Judiciário, ocasionados pelo excesso de judicialização das questões afetas ao setor.

A demora na tomada de decisões e na conclusão do processo do processo de licenciamento ambiental acarretam, conseqüentemente, atrasos nos cronogramas de obras de construção e de entrada em operação comercial dos empreendimentos, gerando, em última análise, consideráveis prejuízos socioeconômicos ao país.

As causas do atraso na tomada de decisões no processo de licenciamento ambiental já foram individualmente analisadas em tópicos antecedentes.

Sendo assim, passaremos à análise empírica quantitativa (estatísticas) e qualitativa que demonstram a referida demora no âmbito do processo de licenciamento ambiental no Brasil.

Na sequência, utilizando técnicas de econometria, buscaremos mensurar, tanto quanto possível, eventuais prejuízos econômicos decorrentes dos respectivos atrasos.

¹⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 60. Rio de Janeiro. 2006.

1.7.1 O consequente congestionamento dos canais do Poder Judiciário

Não obstante, indubitavelmente, o grau de complexidade técnica das questões controvertidas, aliado à ausência de uma lógica de consenso na atuação dos diversos órgãos e entidades da Administração envolvidos no licenciamento, torna os respectivos processos extremamente trabalhosos, gerando uma sobrecarga para os juízes e tribunais que deverão julgá-los, e para a própria máquina judiciária.

Seguindo essa mesma linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, afirma que:

“Existe, com efeito, um extenso número de conflitos, que, não obstante, suas preponderantes características técnicas, se acumulam nos tribunais e que os afogam de trabalho. São processo raramente versativos sobre questões substancialmente jurídicas, que poderiam ser objeto de composição fácil, rápida e especializada por órgãos parajudiciais, cujas decisões só seriam admitidas para serem revistas na justiça comum, se fossem identificadas violações de direitos e garantias individuais”.¹⁶⁵

Ademais, consideramos que de modo algum tal situação pode ser imputada ao Poder Judiciário, o qual é apenas mais uma vítima do excesso de judicialização das questões ambientais. Isto porque, no processo de licenciamento ambiental, normalmente as controvérsias são deslocadas da esfera administrativa para o Judiciário em razão da sensação generalizada de que não há outra forma de solucioná-las.

Nesse particular, a cientista política Maria Teresa Sadek, ao tratar do atual papel do Poder Judiciário brasileiro, visto por alguns como proativo no que tange à assunção de competências próprias dos outros dois poderes, ressaltou que:

“Se ele não agir, ninguém faz. A questão das regras para a greve de servidores públicos decidida pelo Supremo é um exemplo. O assunto estava há vinte anos para ser discutido, mas isso não aconteceu. De um tempo para cá, virou moda acusar o Judiciário, como se ele fosse responsável pela insegurança jurídica. Pode ter uma variável pela qual o Judiciário tenha que responder, já que as decisões nem sempre são idênticas, e há outras que são contraditórias. Mas também existe uma grande profusão de leis no país. Isso não é culpa do Judiciário”.¹⁶⁶

¹⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo\ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 561.

¹⁶⁶ SADEK, Maria Teresa. Cada juiz é uma ilha e tem muito poder em suas mãos. Entrevista para o site Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>>. Acesso 9 jan 2016.

Em suma, caso houvesse uma alternativa eficaz de resolução de conflitos no âmbito do próprio processo de licenciamento ambiental, provavelmente o grau de judicialização poderia ser bastante reduzido.

Tendo em vista que a permanência indefinida dos conflitos, normalmente, vai de encontro à lógica econômica dos custos de oportunidade, os interessados tendem a comportar-se racionalmente, no sentido da utilização dos meios mais rápidos e eficazes de resolução de controvérsias.

1.7.2 Análises empíricas quantitativas e qualitativas dos atrasos no processo de licenciamento

Conforme mencionado em nosso introito, a metodologia de pesquisa a ser utilizada neste estudo prevê a aplicação conjunta de diferentes técnicas, abrangendo o referido processo de triangulação metodológica análises empíricas quantitativas baseadas em dados estatísticos.

Destarte, para realização da análise empírica quantitativa dos atrasos no processo de licenciamento, decidimos adotar as conclusões de pesquisa realizada recentemente pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (CPJA)¹⁶⁷, e apresentada no “Seminário Licenciamento Ambiental e Segurança Jurídica: Visão Contemporânea da Magistratura e do Ministério Público”, com o título “Desafios e oportunidades para o aprimoramento dos sistemas de licenciamento ambiental no Brasil: uma análise jurídica e institucional”.

O referido estudo do CPJA, inserido na linha de pesquisa “Estado de Direito e meio ambiente”, possui abrangência nacional, tendo mapeado o processo de licenciamento ambiental nos 27 estados da federação, e na esfera federal.

A pesquisa foi elaborada com base em uma visão multidisciplinar, tendo contado com a efetiva participação de 11 (onze) pesquisadores, todos doutores ou mestres em áreas afins ao tema central (o licenciamento ambiental).

¹⁶⁷ O Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito da FGV de São Paulo produz índices que aferem a confiabilidade e a eficiência das instituições jurídicas no Brasil, bem como diagnósticos da interpretação e aplicação das leis e propostas de alterações do ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente além dos índices, tem como prioridades de pesquisa o meio-ambiente, o acesso à propriedade fundiária, a efetividade da prestação jurisdicional coletiva, a organização das organizações da sociedade civil (nomeadamente de direitos humanos) e a segurança pública. Fonte: <<http://cpja.fgv.br/>> Acesso em: 4 Jan 2016.

Os objetivos gerais da pesquisa do CPJA consistiram em: a) identificar os obstáculos ao licenciamento de projetos de significativo impacto ambiental em relação a sua eficiência, responsividade (seus fins) e *accountability*; b) analisar comparativamente os modelos institucionais existentes; e c) relacionar os desafios levantados com a função do Ministério Público e do Poder Judiciário em lidar com os impactos causados por grandes empreendimentos.

A metodologia de pesquisa adotada pelo CPJA correspondeu ao mapeamento institucional e normativo, e análises empíricas quantitativa e qualitativa, esta última baseada na realização de entrevistas, pesquisas e *workshops* com *stakeholders*¹⁶⁸, que objetivaram o refinamento metodológico e a análise e validação dos resultados.

Durante o desenvolvimento dos trabalhos foram realizadas 40 (quarenta) entrevistas e 200 (duzentas) entrevistas (survey) com *stakeholders*. Também foi realizado no âmbito da referida pesquisa estudo de caso.

As questões que nortearam as entrevistas e pesquisas com *stakeholders* foram as seguintes:

1. O licenciamento ambiental é o instrumento de gestão mais adequado para avaliar a implementação de obras e atividades causadoras de impacto ambiental?
2. O regime normativo e os arranjos institucionais atuais são suficientes para que o licenciamento ambiental aconteça de forma eficiente e responsiva, a fim de mitigar impactos e proteger o meio ambiente?
3. Os mecanismos de transparência previstos na legislação têm garantido, de fato, que o licenciamento aconteça de forma participativa para aqueles que sentirão os efeitos dos projetos a serem implementados?
4. Quais as funções, desafios e limites do Ministério Público e Judiciário em relação aos impactos causados por grandes empreendimentos?

A análise empírica qualitativa visava à identificação dos principais motivos da judicialização de controvérsias nos processos de licenciamento, tendo alcançado os seguintes resultados: a) possíveis excessos na atuação do Ministério Público corresponderam a 31,8% (54 entrevistados) do total; b) Estudos de Impacto Ambiental incompletos ou mal elaborados

¹⁶⁸ Partes interessadas (tradução nossa).

correspondem a 23,5% (40 entrevistados); c) o descumprimento na implementação dos Projetos Básicos Ambientais (PBA) ou de condicionantes ambientais alcançaram 23,5% (40 entrevistados); d) a falta de transparência e garantias de participação às populações impactadas corresponderam a 8,8% (15 entrevistados); e e) outros motivos alcançaram 12,4% (21 entrevistados).

Ainda conforme a análise das entrevistas e pesquisas com *stakeholders*, conclui-se que: a baixa efetividade dos mecanismos de participação durante o processo de licenciamento tem sido motivação recorrente para a proposição de ações civis públicas. Todos os entrevistados concordaram com a necessidade da realização das audiências públicas, mas a maioria acha que elas devem ser aprimoradas.

Para pesquisar os fatores determinantes do prazo de deferimento do licenciamento ambiental foi utilizada a seguinte metodologia de trabalho: tomar como amostra as licenças concedidas, excluir aquelas ainda não concedidas, subestimando o prazo de deferimento das licenças. Isto porque, os procedimentos de licenciamento ainda não concluídos, ou os que demandam um tempo pouco razoável para sua conclusão, podem revelar as relações de causalidade mais importantes.

Nessa análise empírica foram utilizadas variáveis que estariam potencialmente aptas a influenciar os prazos de conclusão do licenciamento ambiental, a saber: a) arranjo institucional; b) ser o órgão licenciador integrante da Administração direta; c) ser o órgão licenciador integrante da Administração direta com conselho ambiental cuja composição seja paritária; d) ser o órgão licenciador integrante da Administração indireta; e e) ser o órgão licenciador integrante da Administração indireta com conselho ambiental cuja composição seja paritária.

As fontes de consulta consistiram em: dados e informações colhidas na Internet; EIA/RIMA disponíveis na Internet; *links* para informações sobre licenciamento; sistemas *online* de enquadramento da atividade ao tipo de licenciamento; e *links* de acesso à estrutura institucional dos órgãos de licenciamento ambiental.

Em resumo, as conclusões do estudo da CPJA foram as seguintes:

- a) a quantidade de projetos em que se determina a realização de EIA é mais modesta do que se imaginava;

- b) identificou-se também que o número de licenças negadas ou arquivadas é muito pequeno;
- c) a independência (ou distância do membro eleito do Executivo) do órgão legislador em relação ao Executivo reduz os prazos de deferimento;
- d) maior transparência e clareza em relação à legislação e regulamentação do processo de licenciamento reduzem os prazos de concessão das licenças;
- e) 25% (vinte e cinco por cento) dos pedidos foram concedidos em até 120 dias, 50% (cinquenta por cento) em cerca de um ano, mais de 25% (vinte e cinco por cento) demoraram mais de um ano, e alguns levaram mais de três anos;
- f) diferença entre níveis de corrupção e de desigualdade social entre os estados não foi fator de influência no tempo de concessão do pedido; e
- g) o grau de acesso da sociedade às informações do processo de licenciamento varia bastante entre os estados, sendo precário na maioria dos casos.

O estudo de caso foi realizado especificamente para identificar fragilidades do licenciamento de grandes projetos hidrelétricos, a partir de sua judicialização.

Destarte, foram analisadas as ações civis públicas propostas em relação às usinas hidrelétricas de Belo Monte, Jirau e Santo Antônio, no que diz respeito aos seguintes critérios: a) momento da proposição; b) conteúdo da demanda; c) capacidade de impactar as decisões tomadas em âmbito administrativo; d) motivação das decisões judiciais; e e) auto-percepção do Judiciário em relação à sua função no controle do licenciamento e de impactos decorrentes de grandes empreendimentos (no caso, a construção de usinas hidrelétricas).

A principal conclusão em relação ao referido estudo de caso consistiu no fato de que o Poder Judiciário tem funcionado como única instância de solução de controvérsias, ante a ausência, ou absoluta ineficácia, de canais próprios dentro do processo de licenciamento ambiental aptos a realizar esse mister. Isto porque, a ausência de mecanismos eficazes de solução de controvérsia no âmbito do licenciamento ambiental acaba por deslocar, necessariamente, a discussão da instância administrativa para o Judiciário.

Em complemento às conclusões acima, decidimos adotar também os resultados das análises empíricas quantitativas realizadas no corpo do já mencionado Relatório do BIRD, as quais se encontram baseadas em estatísticas dos atrasos do licenciamento ambiental de usinas hidrelétricas no Brasil. As conclusões das referidas análises foram as seguintes:

“Estatísticas básicas e relevantes:

1) O tempo total médio de entrada em operação de uma UHE no Brasil, considerando a amostra utilizada, é de 6,5 anos, embora com alta dispersão. Essa média é quase 30% maior do que a observada nos EUA.

(...)

4) Segundo a ANEEL, das 66 hidrelétricas do portfólio analisado, 27 ultrapassaram as datas previstas de entrada em operação relativamente a seus respectivos contratos. “

(...)

1) Entendeu-se que todos os atrasos além da data prevista no contrato deram-se por conta de atrasos no licenciamento ambiental. Isso claramente superestima o custo de oportunidade deste atraso.

(...)

3) Como existem também unidades que entraram em operação antes do previsto, adotou-se novamente duas alternativas: ignorando os adiantamentos (o que dá uma média de atraso de 11,8 meses por usina), ou compensando estes adiantamentos com atrasos das demais (o que reduz os atrasos totais em 25%).

4) Outra hipótese de análise, de sentido mais estatístico, foi ignorar (ou não) usinas extraordinariamente atrasadas como Cubatão e Monjolinho – que são sozinhas, responsáveis por 22,5% dos atrasos totais; retirando-se estas duas unidades, o atraso médio cai de 11,8 para 9,2 meses”.¹⁶⁹

Em apertada síntese, podemos inferir das conclusões do relatório do BIRD que, da totalidade da amostra analisada (66 empreendimentos de UHE), cerca de 41% (quarenta e um por cento) ultrapassaram as datas previstas para entrada em operação comercial, estando a média de atraso por empreendimento variando entre 9,2 (nove vírgula dois) e 11,8 (onze vírgula oito) meses, conforme o critério adotado.

Como podemos verificar, a pesquisa constatou também que **“todos os atrasos além da data prevista no contrato deram-se por conta de atrasos no licenciamento ambiental”**.

Em pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) objetivando identificar os principais problemas ligados ao licenciamento ambiental no Brasil, constatou-se que o tempo médio para obtenção de cada licença ambiental (Licença Prévia, Licença de

¹⁶⁹ BIRD. Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate. Brasília - BIRD. 2008.

Instalação e Licença de Operação) de um mesmo empreendimento é variável, podendo alcançar 28 (vinte e oito) meses, que é um prazo considerado pelo estudo como **“incompatível com os custos de oportunidade da maioria dos investimentos”**.¹⁷⁰

1.7.2 Análise econométrica dos custos da morosidade do processo de licenciamento ambiental

Consideramos que a pergunta que se deve fazer nesse ponto do trabalho é se a morosidade do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil, cabalmente demonstrada no tópico anterior, produz prejuízos econômicos mensuráveis.

Para analisar a possibilidade de mensuração dos custos da morosidade do licenciamento ambiental no Brasil, utilizaremos as conclusões das análises econométricas também apresentadas no Relatório do pelo BIRD em relação ao licenciamento ambiental de empreendimentos elétricos.

De acordo com as conclusões contidas no Relatório do BIRD, baseadas no método estatístico, os custos decorrentes da lentidão do processo de licenciamento ambiental podem ser cindidos em duas espécies, a saber: a) os custos financeiros diretos gerados pelo adiamento de cronogramas de implementação de plantas geradoras; e os b) custos de oportunidade (indiretos).

Ambas as espécies de custos (diretos e de oportunidade) afetam os custos de geração de energia e, portanto, o preço final de sua comercialização ao consumidor final.

Os custos de oportunidade seriam aqueles que têm origem no fato de que atrasos no licenciamento fazem com que plantas mais caras, porém licenciadas, sejam construídas primeiro em atendimento à demanda energética, acarretando um custo total de geração de energia mais elevado. Esse aumento não afeta, necessariamente, o custo de construção das usinas, mas implica em elevação do preço da energia, causando, portanto, prejuízos para o consumidor final. Isso ocorre porque as usinas termelétricas têm um tempo médio de licenciamento ambiental consideravelmente menor do que o das usinas hidrelétricas.

¹⁷⁰ Proposta da indústria para o aprimoramento do licenciamento ambiental. Confederação Nacional da Indústria. Brasília, 2013, p.33. Disponível em <<http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00003693.pdf>> Acesso em 3 Jan 2016.

Nessa situação, conforme a metodologia adotada pelo BIRD, em relação aos custos marginais da energia alternativa à hidrelétrica, “quando a alternativa é a energia térmica, assumiu-se a diferença de preços unitários entre a energia térmica e a hidrelétrica do leilão de 2005 – 19,8 % – e aplicada a todas as unidades da base de dados”.¹⁷¹

Daí, com base na análise dos dados relativos aos custos de oportunidade decorrentes dos atrasos no licenciamento ambiental de usinas hidrelétricas, o relatório do BIRD apresenta as seguintes conclusões:

“considerou-se que, para cada hidrelétrica que sofreu atrasos devido ao processo de licenciamento, foi implantada uma planta substituta em tempo suficiente de modo a não comprometer o cronograma de suprimento de energia previsto pela autoridade regulatória. Ainda que isso claramente subestime os verdadeiros custos de oportunidade dos atrasos, evita a produção de estimativas para as quais não haveria justificativas econômicas. (...)

Os custos de oportunidade estimados para atrasos de licenciamento desde 1996 representam um aumento de cerca de US\$ 10-50/kW instalado, dependendo dos diversos pressupostos utilizados. Tais custos dependem basicamente de dois fatores-chave: a) a extensão temporal dos atrasos, e b) o custo marginal de se obter fontes alternativas de energia durante o período do atraso (...).¹⁷²

A metodologia de cálculo dos custos de oportunidade de uma usina hidrelétrica com cronograma atrasado por conta do licenciamento ambiental foi definida no Relatório do BIRD nos seguintes termos:

“dependem de três elementos: o custo de oportunidade mensal de uma hidrelétrica atrasada, o tipo de fonte substituta, e um fator composto refletindo ambos o aumento dos custos ao longo do tempo e o número de meses de atraso de cada unidade. O primeiro é por sua vez o produto de três fatores: custo do capital instalado por kW da hidrelétrica atrasada, seu tamanho, e um fator mensal de remuneração do capital, assumido como 1.0% ao mês. O custo total de oportunidade dos atrasos quando considerado que usinas hidrelétricas substituem as usinas atrasadas pelo licenciamento, e supondo ainda que os adiantamentos sejam ignorados, resultam em uma estimativa de 6,6% dos custos da capacidade instalada. Quando outras hipóteses são consideradas, esse percentual pode cair a 1.0% apenas. (...)

¹⁷¹ Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate. Brasília: BIRD 2008. Disponível em <http://www.abce.org.br/downloads/Licenciamento_Ambiental_de_Empreendimentos_BID.pdf> Acesso em 30 dez 2015

¹⁷² Idem.

Assim, as conclusões contidas no Relatório do BIRD apontam para prejuízos econômicos em relação à elevação dos custos da energia elétrica, os quais seriam decorrentes da morosidade do licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas no Brasil, como podemos constatar do seguinte trecho do documento:

“a lentidão do processo de licenciamento ambiental para hidrelétricas contribui para a redução do número de aproveitamentos hidráulicos competitivos que podem ser oferecidos nos leilões de energia, induzindo dessa forma a substituição de usinas hidráulicas por térmicas. A substituição na oferta de novas usinas hidrelétricas por térmicas, verificadas nos leilões de 2005 e 2006, provocará um aumento nos custos de geração a partir de 2010, época em que essas usinas começarão a entrar em operação. Os valores médios observados nesses leilões para o custo da energia hidráulica foram de R\$123/MWh, enquanto que os valores observados para a térmica foram 10% superiores, situando-se em R\$135/MWh. Se todos os 1.397MW médios térmicos comprados nos leilões A-5 de 2005 e 2006 pudessem ser supridos por energia de origem hidráulica ao custo de R\$123/MWh, os consumidores de energia elétrica em um período de 15 anos economizariam R\$857 milhões (em termos de valor presente, descontado a uma taxa de 10% ao ano)”.¹⁷³

Para melhor compreender esse ponto específico da elevação dos custos médios de geração, ocasionados pela morosidade do processo de licenciamento ambiental de usinas hidrelétricas, faz-se mister uma breve análise do modelo de contratação de geração de energia com base nos leilões da ANEEL.

1.7.3 Os efeitos da morosidade do licenciamento de UHE em relação aos leilões da ANEEL

De acordo com a sistemática estabelecida pelo Decreto nº 5.163/2004, compete à ANEEL a realização de leilões de compra de energia para a celebração de contratos de geração para o Sistema Integrado Nacional (SIN), observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia (MME).

De acordo com a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 144/2003:

¹⁷³ Idem.

“As licitações para exploração de potencial hidráulico serão realizadas pela ANEEL, sob determinação do Poder Concedente, observando sempre o tipo "menor tarifa", sendo as outorgas a título oneroso. Essas concessões poderão ser outorgadas no regime de serviço público ou na forma de concessão de uso de bem público (...) O vencedor de uma licitação poderá destinar parte da energia assegurada da usina hidrelétrica para uso próprio, comercializando a parte excedente no ambiente de contratação regulada. O detalhamento dessas regras se dará em regulamentação específica, sendo que o mecanismo visa aumentar a competitividade da expansão do Setor Elétrico, com conseqüentes benefícios para o consumidor final”¹⁷⁴.

Ocorre que, na vigência do novo modelo regulatório do setor elétrico brasileiro, passou a ser exigida dos empreendedores, como requisito de habilitação para participar do leilão da ANEEL, a apresentação da licença ambiental prévia do empreendimento.

A referida medida parece ter provocado efeitos não planejados, afetando a competitividade dos leilões da ANEEL, na medida em que reduz a participação dos empreendimentos de geração de energia com matriz hidrelétrica. Isto porque, conforme restou demonstrado, os empreendimentos de matriz hidrelétrica levam um tempo consideravelmente maior para a obtenção da licença ambiental prévia, se comparados com os de matrizes termelétricas.

Em relação a esse ponto, Joisa Campanher Dutra pondera que:

“para viabilizar a expansão da geração, o novo modelo estabeleceu requisito de que apenas sejam objeto de leilão empreendimentos que contem com licença ambiental prévia. De modo paradoxal, tais condições resultaram na contratação de um montante expressivo de energia elétrica a ser produzida a partir de combustíveis com altos níveis de emissões nos leilões iniciais. Esse viés na contratação foi acarretado por preocupações com relação aos impactos ambientais advindos da construção de usinas hidrelétricas. Todavia, a obtenção das licenças requeridas é muito mais complexa no caso de empreendimentos hidrelétricos, relativamente a usinas termelétricas. Essa maior complexidade reflete o caráter mais abrangente do processo de licenciamento característico das usinas hidrelétricas (UHEs), comparado ao de geradoras termelétricas, que são avaliadas em seus impactos locais”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ BRASIL. Exposição de Motivos nº 00095 - MME, exarada em 11 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EM95-MME-03.htm> Acesso em: 10 jan 2016.

¹⁷⁵ DUTRA, Joisa Campanher. Regulação do setor elétrico no Brasil. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar. / Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, pp. 233-234.

A despeito de reconhecer os benefícios advindos dos leilões da ANEEL para a expansão da oferta de energia, Joisa Campanher Dutra aponta ainda os efeitos econômicos negativos da perda de competitividade da matriz hidrelétrica na formação dos custos dos contratos de geração, da seguinte forma:

“adicionalmente, sob o aspecto de financiabilidade, ainda que contratos de longo prazo (PPAs) firmados como resultado dos leilões tenham garantido uma situação favorável de adimplência setorial, canalizando recursos para a expansão da oferta, do ponto de vista econômico o custo marginal de expansão é determinado pela fonte marginal (necessária ao atendimento da demanda). No caso, trata-se de geração termelétrica, de maior valor. Esses e outros fatores têm acarretado expressivos aumentos nos preços e tarifas de energia elétrica, resultando em valores elevados relativamente ao cenário internacional”.¹⁷⁶

Assim, não há dúvida de que a morosidade do processo de licenciamento ambiental tem afetado diretamente a competitividade dos leilões de energia elétrica da ANEEL nos últimos anos, produzindo aumento dos custos de geração, e, conseqüentemente, das tarifas aplicadas aos consumidores finais¹⁷⁷.

Sem embargo, consideramos essa questão bem mais complexa do que parece, uma vez que, com a redução do nível de água nos reservatórios das UHE nos últimos anos, provavelmente, a elevação dos custos da energia elétrica seria inevitável.

Em sendo assim, dificilmente o país estaria em melhor situação caso mais UHE tivessem disputado com as usinas térmicas e logrado êxito nos leilões da ANEEL de 2005/2006.

¹⁷⁶ Em relação à temática, Joisa Campanher Dutra registra, ainda, “um interesse crescente, não apenas no tocante a regulação de incentivos, que busca promover eficiência de alocação, mas também em relação à sua interação com o conceito de eficiência dinâmica, que motiva preocupações com investimentos em setores regulados. Existem no momento discussões sobre temas relevantes, como as renovações de concessões do setor nos seguimentos de geração, transmissão e distribuição de eletricidade. A oportunidade permite rediscutir avanços e aperfeiçoamentos necessários para a consolidação da indústria. Mudanças na direção de ganhos de eficiência, que promovam uma adequada alocação de custos, certamente contribuiriam para o desenvolvimento mais harmônico do setor, em benefício da sociedade”. (DUTRA, Joisa Campanher. Regulação do setor elétrico no Brasil. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar/ Org. Sérgio Guerra - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 245).

¹⁷⁷ De acordo com definição contida no site da ANEEL na Internet: “a tarifa de energia elétrica aplicada aos consumidores finais regulados representa a síntese de todos os custos incorridos ao longo da cadeia produtiva da indústria de energia elétrica: geração, transmissão, distribuição e comercialização. O seu valor deve ser suficiente para preservar o princípio da modicidade tarifária e assegurar a saúde econômica e financeira das concessionárias, para que possam obter recursos suficientes para cobrir seus custos de operação e manutenção, bem como remunerar de forma justa o capital prudentemente investido com vista a manter a continuidade do serviço prestado com a qualidade desejada. (...) A tarifa regulada de energia elétrica aplicada aos consumidores finais corresponde a um valor unitário, expresso em reais por quilowatt-hora (R\$/kWh). Esse valor, ao ser multiplicado pela quantidade de energia consumida num determinado período, em quilowatt (kW), representa a receita da concessionária de energia elétrica. A receita da distribuidora é destinada a cobrir seus custos de operação e manutenção, bem como remunerar de forma justa o capital investido de modo a manter a continuidade do serviço prestado com a qualidade desejada”. Fonte: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=495&idPerfil=5&idiomaAtual=0>>. Acesso em 10 jan 2016.

No auge da crise hídrica, caso o sistema elétrico não pudesse contar com a geração de usinas térmicas em número suficiente, os setores produtivos e a população brasileira poderiam ter sido obrigados a enfrentar um severo racionamento de energia elétrica¹⁷⁸.

Levando em conta a importância do atendimento dos aspectos da segurança e financiabilidade do sistema elétrico brasileiro, e adotando uma concepção não apenas econômica, mas também utilitarista¹⁷⁹, chega-se à conclusão de que o risco concreto de racionamento poderia causar prejuízos maiores aos consumidores do que a simples elevação do valor da tarifa de energia.

De todo o modo, não há como olvidar que, ainda que relativas ou parciais, as conclusões apontadas no relatório do BIRD são suficientes para demonstrar a ineficiência do atual modelo do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil, em especial os de construção e operação de usinas hidrelétricas.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Em apertada síntese, podemos conceber que “o utilitarismo encara um indivíduo como a expressão da utilidade, da satisfação, do prazer, da felicidade ou do desejo de realização”. Fonte: A Perspectiva Utilitária. Disponível em: <http://www.economiabr.net/economia/1_hpe9.html> Acesso em: 10 jan 2016.

CAPÍTULO 2

O LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DO SETOR ELÉTRICO

Decidimos realizar uma análise particularizada das disfunções do licenciamento ambiental de empreendimentos do setor elétrico no Brasil, tendo em vista que, indubitavelmente, a questão da eficiência desse setor específico é de crucial importância estratégica para o planejamento de longo prazo do desenvolvimento econômico do país.

Acresce que, como já mencionado em nosso introito, uma parte considerável das controvérsias em torno do processo de licenciamento ambiental no Brasil diz respeito à empreendimentos ligados ao setor elétrico, principalmente no que concerne a construção e operação de usinas hidrelétricas. Em razão disso, o referido setor conta com uma maior disponibilidade de dados sobre a questão do licenciamento ambiental, sendo esse o motivo para o estudo de caso recair sobre um empreendimento de construção de uma usina hidrelétrica.

Com efeito, a farta disponibilidade de informações e dados sobre o licenciamento ambiental de empreendimentos do setor elétrico brasileiro já bastaria para justificar uma análise específica do mesmo.

Com o estudo de caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte pretende-se analisar as disfunções na modelagem do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil, as quais geram atrasos e prejuízos socioeconômicos, bem como o excesso de judicialização das questões ligadas aos interesses envolvidos.

2.1 Um breve panorama sobre o novo marco regulatório do setor elétrico brasileiro e os contratos de comercialização de energia

O setor elétrico brasileiro possui cerca de 4.332 (quatro mil trezentos e trinta e dois) empreendimentos de geração de energia em operação comercial, os quais geram 139 (cento e trinta e nove) gigawatts de potência instalada para o Sistema Interligado Nacional (SIN).¹⁸⁰

A matriz energética brasileira é bastante diversificada e com elevado percentual de participação de fontes consideradas “limpas” e renováveis, o que nos coloca em franca vantagem em relação à média mundial.

O percentual correspondente à geração de energia hidrelétrica na matriz energética brasileira alcança o patamar de 65,2% (sessenta e cinco, vírgula dois por cento) da potência total instalada.¹⁸¹

De acordo com o Programa de Investimento em Energia Elétrica - PIEE, que reúne os projetos previstos para serem contratados entre 2015 e 2018, serão destinados para expansão da oferta de energia investimentos da ordem de R\$ 116 bilhões para a geração, objetivando agregar entre 25 e 31.500 megawatts de potência instalada ao Sistema Interligado Nacional (SIN).¹⁸²

O arranjo institucional do novo modelo regulatório do setor elétrico brasileiro encontra-se estabelecido conforme as disposições contidas na Lei nº 10.848, editada em 15 de março de 2004, a partir da conversão da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003. Para regulamentar o referido diploma legal foi editado o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, o qual explicita as regras do mercado de comercialização de energia.

Com a instituição do novo modelo foram criadas: uma empresa pública federal responsável pelo planejamento do setor elétrico a longo prazo, a Empresa de Pesquisa Energética (EPE); e duas instituições de natureza privada, o Comitê de Monitoramento do

¹⁸⁰ Proposta da Indústria para o aprimoramento do licenciamento ambiental: setor elétrico. Confederação Nacional da Indústria. CNI. Brasília. 2015. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2015/12/09/10280/licen_amb_set_ele_final.pdf> Acesso em: 20 Dez 2015

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Programa de Investimento em Energia Elétrica (PIEE) 2015- 2018. Empresa de Pesquisa Energética (EPE). Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/estudos/documents/apresenta%c3%a7%c3%a3o%20piee%20pdf.pdf>> Acesso em: 6 Jan 2016. Desse total de 25 a 31.500 megawatts, cerca de 11.000 megawatts correspondem a usinas hidrelétricas, e algo entre 10 a 14.000 megawatts provirão de fontes renováveis (solar, eólica e biomassa).

Setor Elétrico (CMSE), com a função de avaliar permanentemente a segurança do suprimento de energia elétrica, e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), com a função de organizar a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado, papel anteriormente desempenhado pelo extinto Mercado Atacadista de Energia (MAE).¹⁸³

Foram definidos também dois ambientes de comercialização (contratos de compra e venda) de energia elétrica: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), composto por agentes de geração e de distribuição de energia; e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), integrado por agentes de geração, comercializadores, importadores e exportadores de energia e consumidores livres.¹⁸⁴

De acordo com a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 144/2003:

“A contratação no ACR será formalizada em contratos bilaterais entre gerador e distribuidor, por meio de instrumentos jurídicos padronizados, de conhecimento público que farão parte dos editais de licitação, efetuando-se diretamente entre as partes os pagamentos deles decorrentes. As exceções à regra serão: a energia proveniente de fontes alternativas, a geração distribuída e a Usina de Itaipu, cuja energia permanecerá sendo comercializada pela ELETROBRÁS exclusivamente aos distribuidores das regiões Sudeste, Centro-Oeste e Sul”¹⁸⁵.

No âmbito do ACR existem dois modelos básicos de contratação, a saber: a contratação da energia de novos empreendimentos e a contratação de geração de empreendimentos já existentes¹⁸⁶.

Os contratos para novos empreendimentos serão licitados em separado em dois momentos distintos: em três e cinco anos antes da efetiva realização da comercialização da energia. O prazo de vigência desses contratos será estabelecido entre quinze a vinte anos, conforme os cronogramas de construção e amortização dos respectivos empreendimentos.¹⁸⁷

Os contratos relacionados a empreendimentos já em operação são celebrados por meio de leilão e objetivam atender à carga das distribuidoras no ano subsequente ao de sua assinatura. Tais ajustes destinam-se a vigor por um período de cinco a dez anos.¹⁸⁸

¹⁸³ Fonte: <www.mme.gov.br>

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ BRASIL. Exposição de Motivos nº 00095 - MME, exarada em 11 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EM95-MME-03.htm> Acesso em: 10 jan 2016.

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Idem.

Há também os contratos de ajustes destinados ao atendimento de necessidades imprevistas relacionadas ao crescimento da demanda de energia, os quais restringem-se a um período de vigência de apenas dois anos.¹⁸⁹

2.2 Os principais atores do processo de licenciamento ambiental no setor elétrico e seus respectivos papéis

Diversos órgãos governamentais atuam no processo de licenciamento de usinas hidrelétricas demonstrando sua natureza de ato complexo.

Compete ao Ministério de Minas e Energia (MME) a concessão de outorga para exploração do potencial hidráulico.

A Empresa de Pesquisa Energética (EPE) é responsável pela habilitação técnica das usinas hidrelétricas, a qual abrange a realização de estudos para cálculo da garantia física e a definição do ponto de conexão ao Sistema Interligado Nacional.¹⁹⁰

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio de sua Superintendência de Gestão e Estudos Hidroenergéticos, é responsável por registrar, analisar e aprovar os estudos de inventário, viabilidade e projetos básicos dos aproveitamentos hidrelétricos do País, conforme estabelecido nas disposições dos Decretos nº. 4.970/2004 e nº. 4.932/2003, e na Resolução Normativa ANEEL nº. 116/2004.¹⁹¹

Depois de concluídos os estudos de inventário, a ANEEL concede registro aos interessados para autorizar o desenvolvimento de estudos de viabilidade técnica e econômica.

Compete ao IBAMA ou ao órgão ambiental estadual, conforme a localização e propriedade do respectivo rio, e a abrangência dos impactos e eventuais interferências sobre áreas e comunidades, a requerimento do empreendedor, conceder a Licença Prévia (LP) para o empreendimento elétrico.

Deverá ser obtida junto à Agência Nacional de Águas (ANA), ou órgão estadual congênere, conforme a localização e propriedade do rio, a Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica (DRDH).

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Fonte: <www.mme.gov.br>

¹⁹¹ Idem.

Após realizado o respectivo leilão para exploração da atividade, caberá à ANEEL aprovar o projeto básico apresentado pelo vencedor do certame, o qual deverá estar em conformidade as prescrições do contrato de concessão e no edital de licitação, tendo como pré-requisito à obtenção da Licença Ambiental de Instalação (LI) e da Outorga de Uso da Água, que corresponde a uma licença administrativa emitida pelo mesmo órgão que expediu a DRDH, seja a ANA ou o órgão estadual congênere.¹⁹²

Além de todo o trâmite burocrático referido acima, de acordo com estudo realizado pela CNI no ano de 2015, são também exigíveis durante o processo de licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos as seguintes autorizações e licenças administrativas: a) Autorização de Supressão de Vegetação (ASV); b) Documento de Origem Florestal (DOF); c) Autorização de Utilização de Matéria-Prima Florestal (AUMPF); d) Autorização de Captura Coleta e Transporte de Material Biológico; e) Autorização para Licenciamento concedida pelo ICMBio, na hipótese do empreendimento afetar Unidade de Conservação Federal; f) Autorização concedida pelo IPHAN para execução do Programa de Gestão do Patrimônio Arqueológico (exigida conforme a Instrução Normativa Iphan nº 02/2015); g) Autorização concedida pela FUNAI para entrada de profissionais nas terras indígenas para realização de estudos (exigida conforme a Instrução Normativa Funai nº 02/2015); h) Autorização para realização de estudos técnicos sobre potenciais de energia hidráulica e sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica em Unidades de Conservação Federais (exigida conforme o Decreto nº 7.154/2010); e i) Autorização para instalação de empreendimentos nas Unidades de Conservação Federais (exigida conforme o Decreto nº 7.154/2010).

Em suma, de posse da concessão de outorga para exploração de potencial hidráulico emitida pelo MME, o empreendedor ainda terá de obter nada menos que outras 16 (dezesseis) autorizações e licenças administrativa até a conclusão do processo de licenciamento de uma usina hidrelétrica.

Indubitavelmente, o excesso de burocracia do processo de licenciamento da ambiental de usinas hidrelétrica, com a multiplicidade de atores, normas legais aplicáveis e interesses envolvidos, torna-o extremamente complexo e potencialmente gerador de inúmeros conflitos interadministrativos e socioambientais.

¹⁹² Idem

2.3 O perfil da problemática do licenciamento ambiental no setor elétrico

Os conflitos ambientais - assim como a própria relação entre a sociedade e a natureza - vêm se tornando tão complexos nas últimas quatro décadas que foi inaugurado dentro do campo das ciências sociais um espaço para o estudo de uma nova vertente acadêmica chamada sociologia ambiental.¹⁹³

Os empreendimentos do setor elétrico, mormente os de construção de usinas hidrelétricas, acabam sempre produzindo uma enorme quantidade de conflitos socioambientais, e, conseqüentemente, um nível proporcional de judicialização de questões.

De acordo com levantamento realizado pela Advocacia-Geral da União (AGU), divulgado em seu site na Internet no ano de 2014, os empreendimentos que formam o Complexo do Rio Madeira (as UHE de Jirau e Santo Antônio, ambas localizadas em Porto Velho, no Estado de Rondônia), em conjunto, foram alvo de 37 (trinta e sete) ações judiciais.¹⁹⁴

Também consta do referido levantamento que outras 53 (cinquenta e três) obras do PAC do setor elétrico foram objeto de questionamentos judiciais. Ao todo foram 205 (duzentas e cinco) ações ajuizadas, sendo que 80% (oitenta por cento) foram movidas contra empreendimentos hidrelétricos. As referidas ações importaram em nada menos que 524 (quinhentas e vinte e quatro) medidas judiciais, incluindo 83 (oitenta e três) liminares que paralisaram as obras de construção ou a operação comercial das UHE em algum momento. O empreendimento da UHE de Belo Monte foi alvo de 30 (trinta) ações judiciais que resultaram em 105 (cento e cinco) medidas judiciais, gerando a paralisação das obras de construção por cerca de 92 (noventa e dois) dias.

Destarte, com o desiderato de explorar e delimitar a referida problemática, será analisado um exemplo concreto da falta de coordenação entre órgãos e entidades públicos, ocorrido no âmbito da realização do empreendimento de construção e operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, dentro da área da Floresta Amazônica.

¹⁹³ HANNIGAN, John A. Sociologia ambiental: a formação de uma perspectiva social. Lisboa: Piaget, 1997, p.15

¹⁹⁴ Levantamento da AGU aponta que nenhuma obra de UHE está paralisada por decisão judicial. Publicado em: 20/02/2015 - Alterado: 23/02/2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/316376> Acesso em: 10 Jan 2016.

2.4 Estudo de caso: o empreendimento da UHE de Belo Monte

A Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte, cujo projeto original remonta a meados da década de 70 do século passado (conhecida à época como UHE de Kararaô), começou a ser efetivamente construída em julho de 2010 pela sociedade de economia mista Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A (Eletronorte), subsidiária da Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobrás), em áreas localizadas dentro da Floresta Amazônica, mais especificamente nos municípios de Altamira, Vitória do Xingu e Brasil Novo, todos no Estado do Pará.

A UHE de Belo Monte tem capacidade instalada de 11.233 *megawatts* (MW), por meio de duas casas de força. A casa de força principal possui 18 (dezoito) unidades geradoras do tipo Francis, totalizando 11.000 MW, ao passo que a casa de força complementar possui 6 (seis) unidades geradoras do tipo bulbo, alcançando a potência de 233,1 MW. A UHE de Belo Monte possui três sítios distintos (Belo Monte, Bela Vista e Pimental). O eixo do barramento principal (Sítio Pimental) localiza-se no rio Xingu, cerca de 40 km a jusante da cidade de Altamira-PA, formando o reservatório do Xingu em uma área de 386 km². A partir do reservatório do Xingu, o fluxo é desviado pelo canal de derivação até a casa de força principal (Sítio Belo Monte), formando reservatório intermediário com área de 130 km². Tal desvio forma trecho de vazão reduzida de cerca de 100 km de extensão. Os reservatórios possuem área de preservação permanente (APP) com largura variável, totalizando 26.342,92 hectares.¹⁹⁵ Sua capacidade instalada torna a UHE de Belo Monte a terceira maior hidrelétrica do mundo, estando atrás apenas da usina chinesa de Três Gargantas (22,5 mil MW), e da binacional Itaipu (14 mil MW).¹⁹⁶

As sociólogas Lorena Cândido Fleury e Jalcione Almeida realizaram um estudo acerca dos conflitos e controvérsias decorrentes das relações entre a sociedade e o meio ambiente. Especificamente sobre os conflitos ambientais gerados pela construção da UHE de Belo Monte, afirmam as referidas autoras que:

“a Usina Hidrelétrica de Belo Monte, prevista para ser a terceira maior hidrelétrica do mundo, com potência para gerar mais de 11000 MW/hora – e proporcional capacidade de criar controvérsias e conflitos. Sua instalação, atualmente a obra prioritária do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal brasileiro, foi inicialmente planejada em meados

¹⁹⁵ Dados técnicos da UHE de Belo Monte extraídos da Licença de Operação nº 1317/2015. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias_ambientais/lo_%201317_uhe_belo_monte.pdf>.

¹⁹⁶ Fonte: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/hotsite_beloMonte/index.cfm?p=7>

da década de 1980, como uma das obras de infraestrutura e integração da Amazônia do então governo militar. De lá para cá, protestos de movimentos sociais e povos indígenas, disputas no judiciário e mudanças conjunturais na economia e na política nacionais teceram a trajetória do projeto, tornando a construção da barragem um dos processos conflitivos mais longos e emblemáticos da história recente do país”.¹⁹⁷

A conjuntura socioambiental extremamente conflituosa em torno da construção da UHE de Belo Monte acarretou proporcional magnitude de judicialização de questões, dada a propositura de 22 (vinte e duas) ações civis públicas ambientais e de improbidade administrativa junto à Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Pará, todas relacionadas a controvérsias no âmbito do licenciamento ambiental do empreendimento.¹⁹⁸

As referidas ações civis públicas foram propostas pela Procuradoria da República no Estado do Pará, órgão integrante do Ministério Público Federal, contra diversos atores ligados direta ou indiretamente ao empreendimento, tais como: a União, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Águas (ANA), a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDES), a Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobrás), a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A (Eletronorte), bem como contra as empreiteiras contratadas para a construção da planta geradora de energia elétrica. A Sociedade de Propósito Específico Norte Energia S. A. (NESA)¹⁹⁹ também figura como parte ré em cerca de 10 (dez) ações civis públicas movidas pelo Ministério Público Federal perante à Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Pará.

Nessa torrente de judicialização de questões ligadas ao licenciamento ambiental da construção da UHE de Belo Monte foram propostas pelos órgãos do Ministério Público Federal, inclusive, ações civis públicas de improbidade administrativa e ações criminais diretamente contra técnicos do IBAMA, conforme já mencionado em tópico anterior.

¹⁹⁷ FLEURY, Lorena Cândido e ALMEIDA, Jalcione. A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: conflito ambiental e o dilema do desenvolvimento. In: Ambiente & sociedade. São Paulo. v. XVI, n. 4, out.-dez: 2013, pp. 141-158. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n4/09.pdf>. Acesso em 17 de ago de 2015.

¹⁹⁸ Tabela de Acompanhamento Processual PRPA-MPF. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_Mar_2014_adendo-junho_2014.pdf> Acesso em: 20 set. 2015.

¹⁹⁹ A Sociedade de Propósito Específico (SPE) Norte Energia S. A. (NESA) recebeu a outorga da concessão, sendo responsável pela implantação e exploração da Usina de Belo Monte. A NESA possui como acionistas as seguintes empresas e entidades: Eletrobrás Eletronorte (19,98%), Eletrobras e Chesf (15% cada), Bolzano e Petros (10% cada), Gaia Engenharia (9%), Caixa e FI Cevix (5%), Queiroz Galvão e Construtora OAS (2,51% cada), Funcef (2,5%), Galvão Engenharia, Contern, Cetenco, Serveng e Mendes Júnior (1,25% cada), J. Malucelli Construtora e Sinobras (1% cada) e J. Malucelli Energia (0,25%);

Fonte:<http://www.chesf.gov.br/portal/page/portal/chesf_portal/paginas/negocios/negociosparcerias/containerparcerias> Acesso em: 20 set 2015.

2.4.1 O universo conflituoso em torno da construção e instalação da UHE de Belo Monte retratado pela mídia

Recentemente foi apresentada reportagem televisiva pelo canal de TV fechada GloboNews (no dia 21 de maio de 2015), retratando o universo conflituoso em torno do licenciamento ambiental do empreendimento de construção e operação da UHE de Belo Monte.²⁰⁰

Diversos representantes de órgãos e entidades públicas, privadas e da sociedade civil organizada, participaram da reportagem apresentando suas respectivas posições, principalmente acerca da adequação e cumprimento efetivo das condicionantes ambientais e medidas mitigadoras exigidas pela respectiva licença de instalação do empreendimento.

Seguem abaixo transcritas declarações dos diversos atores envolvidos nas discussões sobre os impactos socioambientais da construção da UHE de Belo Monte, contidas na referida reportagem televisiva:

Presidente da Associação de pescadores do Município de Altamira:

- "Quando o lago da usina for feito, os pescadores da região não conseguirão exercer sua principal atividade de subsistência. Quem vai alimentar as famílias deles? Quem vai sustentar as famílias desses homens?"

Líder indígena local:

- "Essa usina não trouxe nada de bom, só doença, morte e destruição de nosso lar. Nossas crianças estão morrendo (sic) por causa dessa construção"

Diretor de Fornecimento e Montagem da Norte Energia:

- "Não existe nenhum impacto hoje, nós não inundamos uma aldeia sequer. As obras trarão benefícios à todo o povo brasileiro".

Secretário do Comitê Gestor Indígena:

- "São vários impactos de ordem físicas, mas existem (sic) os psíquicos, aqueles que (sic) tem impactado as sociedades indígenas gerando vários conflitos internos. Então a gente precisa atentar para a sociedade que os impactos de Belo Monte não se limita (sic) só a questão ambiental"

Representante do Ministério Público Federal:

- "Os supostos danos aos indígenas não estão sendo bem aplicados, em virtude das inúmeras diferenças socioeconômicas dos povos da região. À exemplo de aldeias que mal falavam a língua portuguesa e agora terem que fazer listas de pedidos".

²⁰⁰ Disponível em <<http://globo.vglobo.com/globo-news/jornal-globo-news/v/obras-de-belo-monte-afetam-indigenas-ribeirinhos-e-ambiente/4196966/>> Acesso em 25 Mai 2015.

Diretor Socioambiental da Norte Energia:

- "O acordo inicial feito abrangia 32 aldeias, porém agora apareceram 42, o que faz essas novas aldeias serem responsabilidade do governo federal. Estamos melhorando a infraestrutura de todas as aldeias da região"

2.4.2 Conclusões extraídas do estudo de caso

Suficientemente demonstrada a tese da ineficiência do processo de licenciamento ambiental brasileiro, já estamos em plenas condições de extrair algumas conclusões acerca do presente estudo de caso.

A princípio, temos que reconhecer que a atuação desconcertada dos órgãos e entidades da Administração que atuam no processo de licenciamento ambiental é patente. Também nos parece óbvia a ausência de parâmetros objetivos para a compensação dos impactos socioambientais, culturais e antropológicos, decorrentes de um empreendimento da magnitude da UHE de Belo Monte. O que é demonstrado pelas posições diametralmente opostas e baseadas em análises absolutamente subjetivas e sem comprovação técnica.

Com efeito, não há dúvida de que os dois fatores referidos acima (atuação desconcertada da Administração e a ausência de parâmetros objetivos para compensação dos danos causados pelo empreendimento) possuem relação de causalidade direta com a excessiva judicialização de questões relacionadas ao licenciamento ambiental de empreendimentos do setor elétrico.

Não obstante, inferimos com base no método indutivo que a principal causa da excessiva judicialização é a inexistência de um procedimento administrativo eficaz de resolução de controvérsias entre os vários interessados (*stakeholders*) no processo de licenciamento ambiental. A tensão gerada pela falta de canais próprios de composição das controvérsias entre os interessados no licenciamento ambiental empurra o problema para ser resolvido pelo Poder Judiciário, mormente em razão da absoluta ausência de outra alternativa.

Também não se pode deixar de considerar que atrasos no início da operação comercial de um empreendimento do setor elétrico (uma usina hidrelétrica, por exemplo), além de ocasionar perdas financeiras, causa transtornos para Administração e graves prejuízos à execução da política de expansão do Sistema Nacional Integrado (SNI) e da oferta de energia.

As paralisações de obras de construção de usinas hidrelétricas por força de decisões judiciais são mais comuns do que poderíamos imaginar, como, por exemplo, o caso da obra de construção da UHE de Belo Monte, que ficou suspensa por 92 (noventa e dois) dias, por força de decisões judiciais provisórias.²⁰¹

Entretanto, ao que parece, a atuação coordenada dos representantes judiciais da União em nível nacional impediu que empreendimentos estratégicos do setor elétrico ficassem suspensos por períodos ainda maiores.²⁰²

²⁰¹ Levantamento da AGU aponta que nenhuma obra de UHE está paralisada por decisão judicial. Publicado em: 20/02/2015 – Alterado em: 23/02/2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/316376> Acesso em: 10 jan 2016.

²⁰² Idem.

CAPÍTULO 3

A AGÊNCIA LÍDER NO DIREITO COMPARADO

3.1 O processo de avaliação ambiental de empreendimentos nos Estados Unidos

O modelo de governança institucional que nos parece mais adequado à análise comparativa com o do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil é o adotado no sistema jurídico norte-americano, o qual segue a lógica da participação e da cooperação interagências.

Assim, propomos que esses novos rumos para o licenciamento ambiental brasileiro sejam buscados alhures, pela análise comparativa com o modelo de cooperação interagências, instituído no âmbito do inicialmente pelo sistema jurídico norte-americano. Fazemos a opção pelo estudo de direito comparado com o sistema jurídico norte-americano principalmente em razão das muitas semelhanças geográficas e econômicas entre os dois países.

Acresce que, o sistema jurídico dos Estados Unidos já convive há muito tempo com os efeitos da policentrismo do Estado, tendo tido oportunidade de idealizar e criar mecanismos de superação específicos para esse problema, os quais já se encontram, inclusive, bastante experimentados.

Ademais, conforme já asseverado anteriormente, não se pode perder de vista que o direito administrativo brasileiro sofreu grande influência advinda do modelo de “agencificação” do sistema norte-americano²⁰³, o que culminou na criação de inúmeras agências reguladoras de setores específicos, a partir de meados da década de 90 do século passado.

Nessa linha, Osvaldo Agripino de Castro Junior afirma que:

²⁰³ O modelo de “agencificação” norte-americano será objeto de análise no Capítulo 4 (tópico 4.4).

“a regulação no Brasil tem tido grande influência do modelo das agências reguladoras independentes dos Estados Unidos, porque lá, como no Brasil, a forma de Estado é federativa. Embora haja diferenças no processo de formação cultural e econômica entre os dois países, o estudo comparado das instituições político-jurídicas dos Estados Unidos, por meio dos seus elementos determinantes, escolhidos com base nos princípios da igualdade e relevância, pode contribuir para a melhoria da eficácia das instituições brasileiras”²⁰⁴

Além do mais, a busca da eficiência, a promoção do crescimento econômico e da melhora da qualidade de vida da população, sempre foram considerados prioritários para o sistema jurídico dos Estados Unidos. Indubitavelmente, o princípio da eficiência constitui um principais pilares em que se encontram firmadas as instituições norte-americanas.

Da mesma forma, consideramos indisputável que as deficiências na área de infraestrutura logística constituem fatores decisivos para o represamento do desenvolvimento econômico do Brasil, as quais poderiam ser sanados com uma melhora regulatória, sendo o modelo advindo do sistema jurídico norte-americano o mais adequado para servir de parâmetro.

Outro ponto a favor da escolha do sistema jurídico norte-americano para análise comparativa, consistente no fato de que, de acordo com o *Global Competitiveness Report*, divulgado pelo *World Economic Forum*, correspondente ao período de 2015-2016, em relação ao quesito infraestrutura, os Estados Unidos ocupam uma das primeiras posições (3º colocado), ao passo que o Brasil encontra-se na 75ª (septuagésima quinta) posição, atrás de países como: a Estônia (30ª), a Lituânia (32ª) o Sri Lanka (62ª) e Botsuana (71ª).²⁰⁵

No mais, foram considerados inadequados para uma análise comparativa os sistemas jurídicos do Reino Unido e da França, tendo em vista que, diferentemente do Brasil e dos Estados Unidos, que adotaram o regime de governo presidencialista, tais países são geridos conforme o regime de governo parlamentarista.

Nos regimes parlamentaristas inglês e francês, o policentrismo do Estado é superado pela criação de órgãos de coordenação interadministrativa, vinculados ao gabinete do primeiro-ministro. Sobre essa questão, Jacques Chevallier leciona que:

²⁰⁴ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A crise brasileira nos transportes e a experiência federalista regulatória norte-americana. *Revista de Direito Público da Economia_RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 161-195, abr./jun. 2008.

²⁰⁵ *Global Competitiveness Report 2015-2016*. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2015-2016/competitiveness-rankings/>> Acesso em: 10 jan 2016.

“a coerência da ação governamental é assegurada pela existência de estruturas de coordenação: órgãos interministeriais — presididos na França quer pelo Chefe do Estado (conselhos) como pelo Primeiro-Ministro (comitês) — intervêm para harmonizar os pontos de vista antes das decisões oficiais; desse modo, a unidade da impulsão governamental está, em princípio, garantida. A posição central conquistada pelos Executivos aparece como um dado estrutural, inerente ao sistema de governo das sociedades contemporâneas; ela não é colocada em questionamento pelos esforços de modernização da instituição parlamentar”.²⁰⁶

Ademais, dadas suas características peculiares de ausência de uma Constituição escrita e de regras rígidas de separação de Poderes, a Inglaterra possui uma Administração mais flexível e menos burocrática, fazendo com que a existência de órgãos e entidades independentes soe como um fenômeno natural, quase regra geral²⁰⁷.

Da mesma forma, concluímos que não seria adequado utilizar o sistema jurídico comunitário da União Europeia para análise comparativa, o qual, para superar o problema da existência de órgãos ou agências setoriais de vários países membros com competências sobrepostas para tomar decisões, adota a lógica da Administração em rede, criando órgãos com competências supranacionais para coordenar os respectivos setores específicos, como é o caso da *European Environment Agency* (EEA), ou Agência Europeia Ambiental.²⁰⁸

Compete à EEA prestar apoio aos países membros da União Europeia, e países vizinhos, para que estes possam tomar decisões fundamentadas sobre a melhoria do meio ambiente, com a incorporação de considerações de caráter ambiental na definição de políticas econômicas e a evolução direcionada à busca da sustentabilidade. A EEA tem função também de coordenar a *European Environment Information Observation Network* (Eionet), ou Rede Europeia de Informação e Observação Ambiental.²⁰⁹

Tendo em vista que inúmeras questões ambientais têm natureza transfronteiriça ou mesmo global (alterações climáticas, poluição atmosférica, sustentabilidade do consumo e da produção, biodiversidade e saúde), somente podem ser resolvidas de forma eficaz através da cooperação internacional. No que concerne às referidas questões ambientais de âmbito

206 Ainda segundo Chevallier: “a primazia do Chefe do Executivo traduz-se de maneira tangível pelo reforço dos meios que ele dispõe e dos dispositivos de coordenação visando a uma maior coerência da ação governamental: uma verdadeira máquina governamental construiu-se pouco a pouco em todos os países, a fim de assegurar a direção efetiva do aparelho de Estado” (CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p.129-146, out/dez. 2005).

²⁰⁷ VÁZQUEZ, J. Ramón Parada. Administraciones independientes y estado regulador. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo\ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 132-133.

²⁰⁸ Fonte: <<http://www.eea.europa.eu/pt/about-us/international-cooperation>>.

²⁰⁹ Idem.

supranacional ou global, um dos principais instrumentos de cooperação internacional utilizado pela EEA é o *Eionet*.²¹⁰

Assim, verificando que os problemas enfrentados pelo direito comunitário da União Europeia são de outra ordem, mais voltados para as questões da transnacionalidade, passaremos à análise do sistema jurídico norte-americano; mais especificamente de seu modelo jurídico de federalismo regulatório.

3.2 O federalismo regulatório e a cooperação interagências no direito norte-americano

Desde a declaração da independência dos Estados Unidos, o direito norte-americano enfrenta o desafio da unificação, uma vez que cada um dos seus cinquenta Estados-membros têm seu próprio sistema jurídico.

Os Estados-membros da federação norte-americana possuem competência legislativa plena para regular setores específicos da economia nos limites de seus territórios, assim como para criar suas próprias agências reguladoras, estabelecendo um verdadeiro sistema regulatório federativo nos Estados Unidos.²¹¹

Segundo Osvaldo Agripino de Castro Junior o federalismo regulatório norte-americano possui a seguinte modelagem juspositiva:

“todas as entidades regulatórias norte-americanas, estaduais ou federais, são agências permanentes criadas por lei originária do Legislativo (primary law), a maioria por lei estadual. Nenhuma agência é criada por ordem do executivo ou decreto. As agências estaduais, naturalmente, são criaturas de direito estadual. Com base na Constituição Federal, todos os estados possuem soberania nos seus próprios territórios e possuem a competência para criar o seu próprio regime regulatório. Na medida em que, contudo, o comércio se transforma em interestadual, os estados perdem jurisdição exceto se o Congresso delegar tal competência para eles”.²¹²

210 Fonte: < <http://www.eionet.europa.eu/>>.

211 No Brasil, apenas a União seguiu integralmente o modelo norte-americano de agências reguladoras setoriais, os demais entes da federação adotaram, de modo geral, o modelo de agências reguladoras multisetoriais.

212 CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A crise brasileira nos transportes e a experiência federalista regulatória norte-americana. Revista de Direito Público da Economia _ RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 161-195, abr./jun. 2008.

Não obstante, dentro desse sistema de federalismo regulatório, o desempenho da função regulatória das agências é otimizado com a descentralização das suas atividades, com a cooperação entre órgãos federais, estados-membros e governos locais, principalmente por meio de parcerias e convênios com os referidas administrações locais e regiões metropolitanas.²¹³

Em um sistema como o norte-americano, baseado na agencificação da estrutura burocrática do Estado, a criação de instrumentos de cooperação e de métodos consensuais para tomada de decisões e resolução de conflitos interagências seria imprescindível, no que concerne às matérias de responsabilidade de mais de uma agência governamental, para evitar o caos institucional e a judicialização de tais casos a níveis alarmantes.

Nessa linha, foi desenvolvida no sistema norte-americano a modelagem institucional da cooperação interagências para o licenciamento ambiental de projetos ou empreendimentos, com base na figura central da agência líder²¹⁴.

A agência líder, portanto, é um dos instrumentos jurídicos criados no âmbito do sistema jurídico norte-americano, objetivando justamente superar os problemas advindos da policentrismo do Estado.

Com efeito, a despeito de quaisquer distinções estruturais entre os federalismo regulatório norte-americano e o brasileiro, consideramos indisputável que os efeitos colaterais decorrentes da policentrismo do Estado são basicamente os mesmos nos dois países.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo ao tratar do federalismo regulatório brasileiro ressalta que:

“dois efeitos surgiram a partir das reformas administrativas iniciadas na década de 1990 com relação às autoridades regulatórias: (i) a proliferação de um estrutura estatal policêntrica lastreada no modelo das agências reguladoras no âmbito federal; (ii) a posterior reprodução, em menor escala, dessas estruturas nos âmbitos municipal e estadual.”²¹⁵

Assim, ao final desta dissertação será apresentada proposta no sentido da adoção do modelo de governança dos sistemas e processos decisórios da Administração, em especial do

²¹³ Idem

²¹⁴ Optamos pela tradução da expressão *lead agency* como agência líder, por considerá-la mais adequada a sua essência, desconsiderando outras possíveis traduções literais, como, por exemplo, agência principal ou agência de chumbo.

²¹⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 187.

processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura, baseado na lógica da cooperação interagências, com o desiderato de torná-los mais eficientes, como será demonstrado na sequência.

3.3 A modelagem institucional do processo de avaliação ambiental norte-americana: a NEPA

Objetivando compreender como funciona a experiência estadunidense de cooperação entre agências no âmbito do processo de licenciamento ambiental devemos recorrer à análise do procedimento estabelecido pela *National Environmental Policy Act* (NEPA), publicada em 1º de janeiro de 1970, para o licenciamento ambiental.

A NEPA define a política nacional do meio ambiente nos Estados Unidos, estabelecendo metas para a proteção, manutenção e valorização do meio ambiente, e prevendo instrumentos para implementar essas metas por meio das agências federais. A referida norma também obriga o governo federal a utilizar todos os meios possíveis para criar e manter as condições sob as quais o homem e a natureza possam coexistir em harmonia produtiva.

A NEPA exige que as agências federais incorporarem considerações ambientais no planejamento e na tomada de decisão, através de uma abordagem interdisciplinar sistemática e participativa.

Ao *Council on Environmental Quality* (CEQ) compete supervisionar e fiscalizar a aplicação da NEPA em âmbito federal, exercendo as seguintes funções: a) coletar informações sobre as condições e tendências da qualidade ambiental, b) avaliar os programas federais, tendo em conta as metas estabelecidas, c) realizar estudos, pesquisas e análises relativos aos ecossistemas e a qualidade do meio ambiente.

Cabe ao CEQ emitir orientações sobre vários aspectos da NEPA e seus regulamentos. A maioria das agências federais editou suas próprias regulamentações da NEPA, no entanto, tais atos normativos, em linhas gerais, seguem os procedimentos e orientações do CEQ, com adaptações de acordo com a competência e atribuições específicas de cada agência ambiental.

O processo de licenciamento previsto na NEPA consiste em uma avaliação dos efeitos ambientais de um empreendimento. O referido processo de licenciamento possui três níveis de análise.

No primeiro nível, um empreendimento pode ser categoricamente excluído de uma análise ambiental detalhada se cumprir certos critérios, caso seja previamente reconhecido que o mesmo não tem qualquer impacto ambiental significativo.

Algumas agências objetivando a otimização de procedimentos elaboraram listas de empreendimentos que normalmente são categoricamente excluídos da avaliação ambiental.

No segundo nível de análise, uma agência federal prepara uma *environmental assessments* (EA)²¹⁶ ou avaliação ambiental escrita para determinar se um empreendimento afeta, ou não, significativamente o meio ambiente. Se a resposta é não, a agência emite uma *findings of no significant impact* (FONSI)²¹⁷ ou declaração negativa de impacto significativo. O *findings of no significant impact* pode conter medidas previamente exigidas pela agência para mitigar eventuais impactos ambientais. Se a *environmental assessments* (EA) determina que as consequências ambientais de um empreendimento proposto podem ser significativas, um *environmental impact statement* (EIS) ou declaração de impacto ambiental é preparada. A referida declaração de impacto ambiental consiste em uma avaliação mais detalhada do empreendimento, incluindo alternativas a pontos específicos do projeto, caso sejam necessárias.

O papel de um órgão ou agência federal no processo de avaliação ambiental depende da sua especialidade, levando-se em conta a natureza e peculiaridades do projeto ou empreendimento. Não obstante, via de regra, a agência federal com competência ambiental é a responsável por cumprir com os requisitos previstos na NEPA.

Em alguns casos, pode haver mais de uma agência federal envolvida em um mesmo empreendimento. Nesta situação, uma agência líder é designada para supervisionar e coordenar o processo de análise ambiental.

As agências federais podem submeter ao CEQ divergências entre agências relativas a análise de projetos que podem causar impactos ambientais significativos. Nesse caso, o papel do CEQ, quando este aceita a submissão da controvérsia, é apresentar orientações conclusivas acerca do tema específico do conflito e recomendar medidas para solucioná-lo, em consonância com as diretrizes da política nacional de qualidade do meio ambiente definida na NEPA.

²¹⁶ As EA são documentos públicos concisos que uma agência federal prepara no processo de avaliação ambiental para fornecer evidências e análises suficientes para determinar se um projeto exigiria preparação de uma declaração de impacto ambiental ou a inexistência de impacto significativo. Fonte: *Environmental assessments* (EA). Disponível em: <<http://energy.gov/nepa/findings-no-significant-impact-fonsi>> Acesso em: 6 Jan 2016.

²¹⁷ O FONSI constitui um documento público emitido por uma agência federal apresentando brevemente as razões pelas quais um projeto para o qual a agência preparou uma avaliação ambiental não terá um impacto significativo sobre o ambiente, e, portanto, não vai exigir a preparação de uma declaração de impacto ambiental. Fonte: *Findings of No Significant Impact* (FONSI). Disponível em: <<http://energy.gov/nepa/findings-no-significant-impact-fonsi>> Acesso em: 6 Jan 2016.

Nos Estados Unidos há inúmeras agências governamentais federais, estaduais e locais que tratam da proteção e qualidade do meio ambiental. Não obstante, a principal agência ambiental de âmbito federal dos Estados Unidos é a *US Environmental Protection Agency* (EPA).

Constitui missão institucional da EPA proteger a saúde humana e o meio ambiente; assegurar que todos os americanos estejam protegidos contra riscos significativos para a saúde humana e para o ambiente onde vivem, estudam ou trabalham; a redução de riscos ambientais em âmbito nacional com base na aplicação dos melhores técnicas e conhecimentos científicos disponíveis.²¹⁸

A EPA tem uma responsabilidade única no processo de licenciamento ambiental previsto na NEPA, competindo-lhe, de acordo com o disposto na *Clean Air Act*²¹⁹, analisar e comentar publicamente os impactos ambientais de grandes empreendimentos sujeitos a competência de licenciamento na esfera federal. Se, no exercício dessa competência, a EPA entender que outra agência produziu uma avaliação ambientalmente insatisfatória, deve submeter o caso ao CEQ.

De acordo com um *memorandum of understanding* (MoU)²²⁰ celebrado entre a EPA e o CEQ, aquela agência ambiental realiza as tarefas operacionais associadas aos aspectos administrativos do procedimento de arquivamento dos licenciamentos ambientais, tendo sido seu escritório central designado para arquivar oficialmente todos os documentos de avaliação ambiental preparados por agências federais.

A participação do público no processo de avaliação ambiental é assegurada por meio de audiências ou reuniões públicas e mediante a apresentação de comentários diretamente para a agência líder. A agência líder deve levar em consideração todos os comentários recebidos da participação do público durante o período de comentários.²²¹

²¹⁸ Texto original: “*The mission of EPA is to protect human health and the environment. all Americans are protected from significant risks to human health and the environment where they live, learn and work; national efforts to reduce environmental risk are based on the best available scientific information*”. EPA’s mission. Disponível em: <www.epa.gov>

²¹⁹ 42 U.S.C. §7401 et seq. (1970): disponível em <http://www2.epa.gov/laws-regulations/summary-clean-air-act>

²²⁰ Memorando de Entendimento (tradução nossa).

²²¹ A participação popular no processo no direito norte-americano é um ponto muito importante no exercício da atividade regulatória da Administração, como podemos inferir das disposições contidas na Executive Order nº 13563, de 18 de janeiro de 2011, da Administração do Presidente Obama, já referida no Capítulo I, que prevê que o aperfeiçoamento do Direito da Regulação e das regras aplicáveis aos diversos setores da economia, por meio da criação de canais de participação da sociedade na tomada de decisões.

3.3.1 NEPA: um modelo eficiente de processo de avaliação de impacto ambiental de empreendimentos

A Lei Nacional de Política Ambiental (NEPA) prevê uma ampla gama de instrumentos para assegurar que o processo de avaliação ambiental norte-americano ocorra de forma eficiente e dentro dos prazos previstos. O Conselho de Qualidade Ambiental (CEQ) editou regulamentos de execução da NEPA contendo uma série de oportunidades para atingir este objetivo.

Na realização de todas as avaliações ambientais as agências devem utilizar métodos previstos nos regulamentos do CEQ, respeitando os seguintes princípios básicos: a) elaborar comentários simples, diretos e concisos, bem como proporcionais à relevância do caso, entregando-os em tempo hábil para o público e os tomadores de decisão, tratando integralmente das questões apresentadas; b) atuar de forma integrada ao planejamento do projeto, e não posteriormente; c) os comentários devem conter as referências adequadas a documentos e estudos existentes; d) definir logo de início o escopo do projeto para que seja estabelecido o foco nas questões apropriadas e significativas para tomada de decisão; e) o estabelecimento por parte das agências de cronogramas expeditos para as avaliações ambientais; e f) as agências devem responder aos comentários de forma específica e concernente ao escopo do projeto, e na proporção da significância das questões ambientais levantadas.

Editado em 1978, o regulamento do CEQ promove uma avaliação ambiental integrada, na coordenação interagências e intergovernamental nas revisões e aprovações, e na definição de cronogramas claros para a preparação de EAs e de EISs. O principal objetivo da referida orientação normativa é garantir a eficácia do processo, de modo a evitar excessos desnecessários de prazo e de custos.

Periodicamente são feitas revisões das disposições constantes das orientações normativas do CEQ para as agências federais, sempre objetivando assegurar a eficiência do processo de avaliação ambiental.

Esses regulamentos de orientação exarados pelo CEQ, que explicitam e interpretam as disposições contidas na NEPA, em razão de sua complexidade e tecnicidade, são considerados pela Suprema Corte dos EUA como "direito de substancial deferência"²²².

Segundo disposto nas regulamentações do CEQ, o principal objetivo do procedimento de avaliação ambiental previsto na NEPA não é gerar papelada, ainda que “papelada de excelente qualidade”, e sim promover a excelência do projeto.

O processo de análise ambiental previsto no NEPA pode culminar em três soluções diferentes, a saber: a) uma exclusão categórica de significância do impacto; b) uma Declaração de Avaliação Ambiental ou c) uma Declaração de Impacto Ambiental.

A exclusão categórica destina-se aos projetos em relação aos quais não se vislumbram impactos ambientais significativos, seja de forma isolada, ou cumulativamente.

A avaliação ambiental (EA) é elaborada quando não é o caso de uma exclusão categórica, e a agência responsável ainda não teve como determinar se o projeto proposto terá como consequência impactos ambientais significativos. Se, como resultado da EA, não for encontrado nenhum impacto significativo, o processo de avaliação ambiental é encerrado com a emissão de uma declaração negativa de significância do impacto (FONSI), sendo arquivada junto com a documentação de sua análise contida na EA.

A Declaração de Impacto Ambiental (EIS) é o nível mais aprofundado de análise, que normalmente é reservada para a análise dos projetos propostos que deverão resultar em significativo impacto ambiental. Quando um EIS é preparado, o processo de avaliação ambiental é concluído quando um registro de decisão é emitido.

No que concerne à eficiência do modelo norte americano do processo avaliação ambiental previsto na NEPA, o relatório do BIRD sobre o licenciamento ambiental do setor elétrico brasileiro, em análise empírica comparativa, concluiu que “o tempo total médio de entrada em operação de uma UHE no Brasil, considerando a amostra utilizada, é de 6,5 anos, embora com alta dispersão. Essa média é quase 30% maior do que a observada nos EUA”.²²³

²²² Vide: U.S. Supreme Court: *Andrus v. Sierra Club*, nº. 78-625; Argued April 18, 1979, Decided June 11, 1979, 442 U.S. 347; texto original: “NEPA makes no distinction between “proposals for legislation” that are the result of “painstaking review,” and those that are merely “routine”; and the interpretation of NEPA by the Council on Environmental Quality (CEQ) under its current mandatory regulations which specify that “legislation” does not include appropriation requests, is entitled to substantial deference even though the regulations reverse CEQ’s interpretation under earlier advisory guidelines that were in effect at the time of the Court of Appeals’ decision”. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/347/case.html>. Acesso em: 10 de Jan 2016.

²²³ BIRD. Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate. Brasília - BIRD. 2008.

3.3.2 NEPA: um arranjo institucional em constante aperfeiçoamento

Como parte dos amplos esforços para modernizar e aperfeiçoar os procedimentos previstos na NEPA em âmbito federal, o Conselho de Qualidade Ambiental (CEQ), objetivando priorizar os valores da inovação, envolvimento público e transparência, emitiu uma solicitação aos órgãos e agências federais em 17 de março de 2011, convidando-os a indicar projetos que empregassem abordagens inovadoras, como forma de aperfeiçoar o processo de avaliações ambientais, para torná-lo mais eficiente e eficaz.

Nesse desiderato, o CEQ selecionou 5 (cinco) projetos-piloto para promover metas e implementar abordagens de redução de prazos e de custos nos processos de avaliações ambientais na área federal. As referidas abordagens são as seguintes:

- 1) Avaliar as ferramentas de tecnologia da informação para melhorar a eficiência e a gestão das avaliações federais ambientais;
- 2) Apoiar projeto da Associação Nacional de Profissionais de Meio Ambiente (NAEP), objetivando melhorar a eficiência de comentários federais ambientais através da criação de princípios de melhores práticas para Avaliação Ambiental;
- 3) Melhorar a eficiência de avaliações ambientais federais através do uso de NEPAassist da EPA;
- 4) Identificar formas eficientes para agilizar os processos de revisão ambiental do Departamento de Transportes (DOT) em relação aos serviços ferroviários no Corredor Nordeste (Washington, DC, para Boston, MA); e
- 5) Facilitar e avaliar abordagens de colaboração do Serviço Florestal para restauração florestal e o aperfeiçoamento da NEPA para melhores práticas em projetos de restauração florestal.

O CEQ avaliou os resultados dos programas-pilotos, tendo elaborado um relatório com recomendações gerais de aperfeiçoamento do processo de avaliação ambiental, consistente em recomendar às agências federais: a utilização de ferramentas de tecnologia da informação (TI) objetivando ampliar e tornar mais efetiva a participação do público no processo de avaliação ambiental regido pela NEPA, no aproveitamento das ferramentas de TI existentes, e com a colaboração do Governo Federal assegurar a compatibilidade das mesmas,

bem como incentivar o uso da ferramenta de TI *geoespacial* do *NEPAssist*, disponibilizada pela EPA para gestores de programas e projetos ambientais.

3.4 O que representa a agência líder para o sistema jurídico estadunidense?

Em um cenário absolutamente policêntrico de exercício do poder, como ocorre no caso do sistema norte-americano, a colaboração efetiva e espontânea entre agências e inúmeros órgãos governamentais seria muito difícil de ser alcançada como em um sistema autopoietico.

Segundo Niklas Luhman “os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituídos – no interior destes mesmos elementos”.²²⁴

Portanto, a criação de procedimentos que permitissem e incentivassem a instauração de uma cultura de cooperação interagências, objetivando a eficiência de toda a atividade administrativa, não seria somente oportuna, mas sim imprescindível à viabilidade e harmonia interna do próprio sistema.

A modelagem institucional para o licenciamento de empreendimentos de infraestrutura de grande porte nos Estados Unidos consiste em um processo de governança institucional onde é privilegiada a cooperação interagências e a efetiva participação dos interessados na tomada de decisões. Esse modelo de governança institucional, alicerçado em uma “racionalidade cooperativa”²²⁵, trabalha com a sistemática da busca do consenso para tomada de decisões e resolução de conflitos.

Segundo Jacques Chevallier:

“o desenvolvimento de práticas de governança revela a insuficiência dos mecanismos jurídicos clássicos para enfrentar os problemas aos quais são confrontadas as sociedades contemporâneas: **a racionalidade cooperativa** que sustenta tais práticas se situa nas antípodas da concepção tradicional do direito. O modelo de governança aparece, nessa perspectiva, não mais como um simples adjuvante, mas sim como um substituto ao modelo de governo

²²⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007, p.44. (tradução nossa)

²²⁵ CHEVALLIER, Jacque. *A governança e o direito*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p.129-146, out/dez. 2005.

que passa pelo canal do direito e que aposta nas competências da dogmática jurídica”.²²⁶

Com efeito, a agência líder é a pedra angular dos procedimentos de natureza cooperativa e consensual instituídos pelo direito administrativo norte-americano para o licenciamento governamental de projetos ou empreendimentos, sejam eles públicos ou privados. Esse instituto jurídico representa a superação de inúmeros efeitos negativos da ascensão de um Estado Regular policêntrico nos Estados Unidos.

Acresce que, o instituto da agência líder possui natureza multifacetada, polivalente, adaptando-se às peculiaridades e necessidades específicas de diversos setores da Administração pública norte-americana.

3.4.1 Conceitos próprios do sistema jurídico norte-americano relacionados à figura da agência líder

No sistema jurídico norte-americano a expressão *agency* é bastante abrangente, correspondendo a qualquer departamento executivo, departamento militar, corporação governamental, sociedade controladas pelo governo, ou qualquer outro estabelecimento do Poder Executivo (incluindo o Escritório Executivo do Presidente), o que inclui qualquer agência reguladora independente. O termo *agency* abrange até mesmo tribos de índios americanos organizadas e reconhecidas pelo governo, quando estas atuam como interessados (*stakeholders*) no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos localizados em suas terras.

A própria expressão *government* para o sistema jurídico norte-americano não é intuitiva como poderíamos imaginar, correspondendo, em verdade, a “um grupo de pessoas que rege uma comunidade ou unidade, estabelecendo a política pública e exercendo o poder executivo, político e soberano por meio de instituições e leis”.²²⁷

As agências independentes com competência para regular e fiscalizar setores específicos da economia, que entre nós são conhecidas como agências reguladoras, no sistema

²²⁶ Idem.

²²⁷ *Government*. Fonte: <<http://www.businessdictionary.com/definition/government.html#ixzz3wUunmmU>> Acesso em: 6 jan 2016.

norte-americano são, em regra, chamadas de *commissions*, como é o caso da *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC).²²⁸

Nessa linha, Sergio Guerra leciona que:

“verifica-se que, do ponto de vista estrutural (e não quanto à ideia de adotar, na administração pública, mecanismos gerenciais), o paradigma das Agências Reguladoras brasileiras é a Independent Regulatory Commission norte-americana, que não se confunde com a denominada administrative agency, similar às nossas agências executivas, adiante examinadas. A administrative agency é um ente criado por lei e dotado de personalidade jurídica de direito público, com a atribuição de dirigir, de forma descentralizada, um programa ou uma missão governamental. Essas entidades gozam de autonomia funcional, estando subordinadas hierarquicamente ao Presidente e ao Ministro de Estado responsável pela pasta a qual a agência está vinculada. A administrative agency é um ente criado por lei e dotado de personalidade jurídica de direito público, com a atribuição de dirigir, de forma descentralizada, um programa ou uma missão governamental. Essas entidades gozam de autonomia funcional, estando subordinadas hierarquicamente ao Presidente e ao Ministro de Estado responsável pela pasta a qual a agência está vinculada.”²²⁹

Com efeito, mesmo a chamada agência executiva independente corresponde a uma agência federal que não é parte integrante de um departamento do gabinete da presidência dos Estados Unidos, mas se reporta diretamente ao presidente, ao passo que uma *independent regulatory commission*, ou agência reguladora independente, é uma agência que, além de estar fora da estrutura departamental do Poder Executivo, é encarregada de formular e implementar regras e regulamentos para proteger o interesse público e a eficiência de setores específicos”.²³⁰

Dentro desse sistema, a agência líder consiste em um órgão ou agência governamental dos Estados Unidos designada para coordenar e supervisionar a atuação no dia-a-dia de uma determinada operação, ou projeto, interagências, em curso. A agência líder preside o grupo de

²²⁸ A FERC ou Comissão Federal Reguladora de Energia, é uma agência independente que regula a transmissão interestadual de eletricidade, gás natural e petróleo. A FERC também analisa propostas para construir empreendimentos relativos ao gás natural liquefeito (GNL) e gasodutos interestaduais de gás natural, bem como projetos hidrelétricos de licenciamento. Fonte: What FERC Does <<http://www.ferc.gov/about/ferc-does.asp>> Acesso em: 8 jan 2016.

²²⁹ GUERRA, Sérgio. Organização administrativa brasileira: quadro atual e propostas acerca da estruturação de entidades vocacionadas ao desenvolvimento de políticas de estado, não subordinadas ao poder público central. Relatório Final apresentado à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas - EBAPE para a conclusão de Programa de Pós-Doutorado em Administração. Rio de Janeiro: 2011, p.92. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10935/Sergio%20Guerra.pdf.txt?sequence=3>> Acesso em: 10 de jan 2016.

²³⁰ Os departamentos ou pastas do governo dos Estados Unidos são os de: estado, tesouraria, defesa, justiça, interior, agricultura, comércio, trabalho, saúde e serviços humanos, habitação e desenvolvimento urbano, educação, energia, transporte e assuntos relativos aos veteranos. Fonte: <<http://www.flashcardmachine.com/govchapter-14.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

trabalho interinstitucional criado para coordenar a política pública relacionada com uma operação específica.

Cabe à agência líder determinar a agenda institucional, convocar as demais agências e órgãos envolvidos a participar dos trabalhos, e assegurar a coesão entre os mesmos; sendo responsável, inclusive, pela execução das decisões tomadas coletivamente.²³¹

Sérgio Guerra, em recente estudo comparativo entre o sistema regulatório norte-americano e o nosso, listou alguns temas do direito estadunidense com potencial para contribuir com o aperfeiçoamento das agências reguladoras nacionais. Dentre os referidos temas promissores identificados naquele ensaio encontra-se justamente o instituto da agência líder, o qual nas palavras do jurista corresponde ao:

“sistema pelo qual uma das agências é identificada para ser a líder de um grupo de agências que atuam, em conjunto, em projetos complexos (exemplo, a construção de uma hidrelétrica). A agência líder coordena a ação interagência, conduzindo os trabalhos diários com a função de organizar a agenda e promover a coesão das decisões provenientes das diversas áreas. Sabemos que, no Brasil, esse é um dos maiores gargalos da administração pública. É comum que projetos sejam desenvolvidos por uma agência e, quando da sua implantação pela iniciativa privada, são paralisados e, em muitos casos, rejeitados”.²³²

A *Florida Department of Environmental Protection* (DEP) é um típico exemplo de agência líder, sendo responsável pela gestão e licenciamento ambiental no âmbito do Estado da Flórida.

Constituem objetivos estratégicos da referida agência ambiental, informados pela consensualidade, participativa e eficiência na proteção dos recursos naturais, os seguintes: criar parcerias sólidas com a comunidade e as empresas, objetivando a salvaguarda dos recursos naturais, a melhoria dos ecossistemas e a promoção do desenvolvimento econômico regional; concentrar os recursos dos contribuintes em projetos que proporcionem um benefício direto para o meio ambiente e comunidades locais; estabelecer e utilizar métricas claras para avaliar e reforçar os programas, atividades e serviços da agência; aumentar a

²³¹ Fonte: <http://www.military-dictionary.org/lead_agency>. Texto original: “Designated among US Government agencies to coordinate the interagency oversight of the day-to-day conduct of an ongoing operation. The lead agency is to chair the interagency working group established to coordinate policy related to a particular operation. The lead agency determines the agenda, ensures cohesion among the agencies, and is responsible for implementing decisions”.

²³² GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do seisquicentenário modelo norte-americano. In *Teoria do Estado Regulador*. Editorial Juruá. Lisboa: 2015, p.102

autosustentabilidade dos Parques do Estado da Flórida; capacitar seus funcionários para resolver problemas de modo eficiente através da aplicação de inovação tecnológica; e divulgar proativamente sua atuação de forma clara e consistente, tanto para o público interno quanto externo.²³³

A agência de apoio consiste em um departamento federal ou agência designada para auxiliar a agência líder, especificamente em relação aos recursos disponíveis, capacidades ou conhecimentos técnicos.

3.4.2 Os precursores da instituição da agência líder nos Estados Unidos

Atualmente, o instituto da agência líder no sistema jurídico norte-americano é bastante difundido, sendo adotado nos mais diversos setores da Administração, como, por exemplo, os setores de saúde, defesa nacional, proteção ao meio ambiente, transporte, gerenciamento urbano, etc.

No entanto, a concepção atual do modelo da agência líder foi sendo consolidada e aperfeiçoada com o passar do tempo.

A Lei de Cooperação Intergovernamental de 1968²³⁴ (*Intergovernmental Cooperation Act*), não só permitia, como também encorajava ações federais conjuntas em apoio aos governos locais. A definição de agência líder constante da referida lei estava ligada à atuação conjunta de várias agências federais em torno de um propósito comum. Assim, sob a coordenação administrativa de uma agência líder, escolhida em razão do aspecto do interesse financeiro ou de predominância temática da mesma, agências federais poderiam, em conjunto, analisar propostas, desenvolver mecanismos de financiamento e gerir os projetos financiados.

Não obstante, dois importantes instrumentos jurídicos para a realização da atuação cooperativa interagências já existiam na legislação anterior, a saber: o conceito de agência líder e a utilização comum dos fundos federais.

Anteriormente à edição das chamadas Lei de Oportunidades Iguais de 1964²³⁵ (*Equal Opportunity Act*) e Lei de Prevenção e Controle da Delinquência de 1968 (*Prevention and Control of Criminality Act*), várias agências poderiam exercer em conjunto um programa de

²³³ Fonte: <http://www.dep.state.fl.us/mainpage/default.htm>

²³⁴ Intergovernmental Cooperation Act of 1968: 31 USC 6501 -6508, Public Law 97-258.

²³⁵ The Civil Rights Act of 1964 (Pub.L. 88-352, 78 Stat. 241).

cooperação para o financiamento de projetos. As referidas leis contribuíram com instrumentos legais para as agências disponibilizarem fundos para programas e políticas comuns, agindo como se fossem uma única entidade.

Portanto, os referidos diplomas legais podem ser considerados precursores na medida em que influenciaram e estabeleceram a filosofia administrativa e programática que viria a ser adotada pela modelagem institucional da chamada agência líder no sistema jurídico norte-americano.

3.4.3 Atribuições e responsabilidades da agência líder

O modelo da agência líder no sistema norte-americano é como uma moldura jurídico-institucional (*framework*) que se adapta às necessidades de cada setor específico da Administração em que utilizado, mas sempre mantendo em seu núcleo duro a lógica da cooperação interagências.

Não obstante, podemos enumerar algumas atribuições e responsáveis genéricas que caracterizam a figura da agência nos Estados Unidos. Em linhas gerais, são atribuídas à agência líder a supervisão, o acompanhamento, o financiamento e a coordenação interagências de processos, projetos e acordos interadministrativos específicos.

Mesmo no âmbito de processos de avaliação ambiental regidos pela NEPA, às atribuição e responsabilidades da agência líder acabam variando um pouco de agência para agência, conforme o disposto em seus respectivos regulamentos próprios.

Não obstante, entendemos que há algumas atividades que podem ser consideradas como as atribuições básicas de uma típica agência líder, qualquer que seja o setor de atuação da mesma, a saber: a) supervisão e coordenação interadministrativa de processos, sistemas ou operações (inclusive militares) complexas, que envolvam um conjunto de órgãos ou entidades governamentais responsáveis; b) identificar e envolver os órgãos, entidades e setores interessados nos trabalhos a serem desenvolvidos em torno de um projeto; c) definir uma metodologia para a coordenação dos trabalhos; d) promover a eficiência e celeridade no cumprimento das metas e objetivos definidos para a missão; e e) resolver os conflitos entre os participantes com base em um procedimento de mediação, ou por arbitramento, caso necessário.

3.5 Alguns setores que adotam o modelo da agência líder nos Estados Unidos

A modelagem da agência líder como forma de governança institucional não é adotada só no setor ambiental norte-americano, estando espalhada por inúmeros outros setores da Administração pública nos Estados Unidos, como, por exemplo, nas áreas de saúde, defesa nacional, defesa civil, transporte, planejamento e mobilidade urbanos e aeroespacial.²³⁶

Não obstante, para fins deste trabalho escolhemos alguns setores como exemplo do modelo, com base nas conclusões tiradas a partir da revisão bibliográfica do tema e nos critérios da disponibilidade e confiabilidade das informações colhidas em parte na Internet.

Destarte, passaremos a análise de alguns desses setores nos tópicos seguintes.

3.5.1 Setor de planejamento urbano: a USAC

Apesar das muitas experiências com sistemas de informação urbana nos estados Unidos durante os anos 60, não havia um sistema de informação integrado e operacionalmente abrangente cujas pesquisas sugeriam como necessário para resolver o problema da geração de dados urbanos.²³⁷

Além disso, os problemas técnicos e comportamentais inerentes ao desenvolvimento de tal sistema demandava mais pesquisa em relação ao aspecto operacional.

A prática da segmentação de sistemas de informação urbanas locais perpetuava problema que as agências federais buscaram resolver, consistentes em como desenvolver bases de dados multifacetadas a partir de informações de múltiplos entes locais que fossem adequadas aos requisitos de dados intergovernamentais, e que, simultaneamente, estivessem aptas a facilitar o planejamento local integrado e a execução de programas federais.²³⁸

O reconhecimento formal da necessidade de cooperação interinstitucional e intergovernamental para desenvolver sistemas de informação urbana integrados veio com a

²³⁶ O planejamento estratégico da *National Aeronautics Space Administration* (NASA) prevê a consolidação de seus serviços de infraestrutura de Tecnologia da Informação (TI) em cinco grandes contratos, cuja gestão está baseada no instituto da agência líder (Fonte: < <http://www.nasa.gov/about/index.html> >. Acesso em: 23 set 2015).

²³⁷ KRAEMER, Kenneth L. USAC: An Evolving Intergovernmental Mechanism for Urban Information Systems Development. Soucer: Public Administration Review, Vol. 31, No. 5 (Sep. - Oct., 1971), Published by: on behalf of the Wiley American Society for Public Administration, p. 543. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/974976>>. Acesso em 03 set 2015.

²³⁸ Idem.

publicação, em abril de 1968, do relatório da força-tarefa intergovernamental sobre sistemas de informação. As conclusões da referida força-tarefa recomendaram que o governo federal promovesse e orientasse o desenvolvimento de todos os sistemas de informação dos governos locais, bem como que, quando os governos locais solicitassem assistência no desenvolvimento de tais sistemas, as agências federais com competência para dar suporte no desenvolvimento de sistemas de informações urbanas deveriam agir de forma coordenada. Estas e outras recomendações do Grupo de Trabalho foram posteriormente reconhecidas pelo Instituto de Gestão e Orçamento e normatizadas como política pública federal.²³⁹

Assim, foi criada a Comissão de Sistemas Interagências (USAC) como um mecanismo dinâmico para canalizar recursos federais para melhorar a administração dos governos locais. Sua finalidade específica é facilitar a cooperação intergovernamental na pesquisa e desenvolvimento de sistemas de informação urbana.

O USAC é um consórcio de departamentos federais e agências que têm individualmente uma base legislativa para o apoio e desenvolvimento de sistemas de informação urbana. Essas agências uniram-se porque os seus interesses e competências são substancialmente comuns e porque elas podem fazer juntas o que nenhuma agência poderia fazer de forma isolada, mesmo que dispusesse de muitos recursos.

O cerne da filosofia que informou a criação do USAC era a ideia de que a execução de políticas e programas federais, em última instância, repousa sobre a capacidade dos governos locais em promover efetivamente as melhorias das condições urbanas de forma exitosa. Uma forma importante de otimizar a capacidade dos governos locais aparentemente passa pelo desenvolvimento de sistemas de informação que forneçam os dados necessários para a ação do governo local. Tais sistemas poderiam constituir um mecanismo inovador que propiciasse uma significativa melhora, não só através do fornecimento de informações, mas também por meio de: (1) uma base de reexame de processos governamentais, (2) a racionalização e automação de informações de rotina e processos de decisão, (3) a prestação de uma base de dados atual e multifacetada para apoiar decisões e ações não-rotineiras, e (4) a facilitação da troca de informações intergovernamental. Assim, os sistemas de informação podem constituir um meio de trazer melhores condições e soluções aos governos locais.²⁴⁰

Em suma, o USAC adota o modelo de agência líder no setor de gerenciamento de dados para o planejamento urbano, um modelo que poderia ser muito útil no Brasil, levando em conta a extensão territorial continental e significativas diferenças regionais do país.

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ Idem.

3.5.2 Setores de transporte e de planejamento de trânsito: FHWA e FTA e o SAFETEA-LU

O *Safe, Accountable, Flexible, Efficient Transportation Equity Act: A Legacy for Users* (SAFETEA-LU)²⁴¹, regulamentou no âmbito das agências *Federal Highway Administration (FHWA)* e *Federal Transit Administration (FTA)* o processo de verificação dos requisitos legais e concessão de licença ambiental para projetos de transporte de competência federal, incluída a realização dos estudos técnicos necessário para a análise.

A FHWA e a FTA atuam como agências líderes federais para projetos de transporte que sejam também da competência concorrente de outras agências, cada qual em seu setor específico, respectivamente, transporte rodoviário e planejamento do trânsito.

O SAFETEA-LU promoveu alterações nos procedimentos internos da FHWA e a FTA, objetivando a efetiva implementação das disposições previstas na NEPA²⁴². Essas mudanças são o resultado de esforços para tornar o processo de análise ambiental mais eficiente e oportuno, objetivando proteger os recursos naturais e os interesses da sociedade.

Tais alterações importaram em aprovações mais céleres de projetos de melhorias no transporte, necessárias e urgentes, tais como aqueles identificados pelo *US Department of Transportation* (DOT) como causas de congestionamento.

3.5.3 Objetivos regulatórios do SAFETEA-LU

O referido regulamento estabelece ainda a gestão do processo de avaliação ambiental centrada na condução e coordenação da agência líder, na participação do público, nas avaliações simultâneas, na busca de alternativas para viabilizar o projeto, na resolução consensual de conflitos, no estabelecimento de compromissos de mitigação ambiental, e no financiamento interinstitucional.

²⁴¹ Public Law 109-59 - Page 119 STAT. 1144. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-109publ59/html/PLAW-109publ59.htm>>. Acesso em 23 dez 2015.

²⁴² O SAFETEA-LU (Safe, Accountable, Flexible, Efficient Transportation Equity Act: A Legacy for Users) regulamentou no âmbito das agências *Federal Highway Administration (FHWA)* e *Federal Transit Administration (FTA)* o processo de avaliação ambiental previsto na NEPA, em relação aos setores de transporte rodoviário e planejamento de trânsito.

A referida normatização descreve os papéis do patrocinador do projeto, da agência líder, e das agências de cooperação; amplia a possibilidade dos estados de usar fundos federais para melhoria de suas avaliações de pedidos de licenciamento ambiental; e especifica um procedimento de resolução consensual de conflitos entre os órgãos governamentais envolvidos.

A intenção do regulamento em tela é fornecer aos empreendedores de projetos a maior flexibilidade possível no processo de avaliação ambiental, ao fornecer um quadro para facilitar a gestão eficiente do projeto e tomada de decisão, em conformidade com a lei. Além disso, a referida orientação normativa destina-se a ajudar as agências envolvidas especificamente no desenvolvimento da declaração de impacto ambiental.

O referido procedimento busca acelerar os prazos das revisões de licenciamento ambiental, na medida em que propicia a criação de um ambiente de consensualidade, que por meio da condução e coordenação da agência líder permite a participação proativa dos empreendedores de projetos e potencializa a comunicação e troca de informações entre os mesmos e as agências responsáveis.

Para fins de aplicação da SAFETEA-LU, um projeto de transporte consiste em um projeto que diga respeito à construção ou expansão de estradas, projetos de transporte público para as capitais dos estados, ou projetos rodoviários multimodais que exigem a aprovação tanto da FHWA quanto da FTA.

Em alguns estados norte-americanos, uma agência estadual pode ter autoridade parcial, ou total, em relação a um programa ambiental federal que está incluído no processo de análise ambiental, como resultado de uma delegação de competência do governo federal ao respectivo estado-membro.

O procedimento de planejamento de transportes prevê ações e estratégias que protegem o meio ambiente, promovem a conservação de energia, melhoram a qualidade de vida e promovem a coerência entre as melhorias de transporte e de crescimento planejado e de desenvolvimento econômico em nível estadual e municipal.

O Plano Estratégico da FHWA inclui atualmente algumas metas importantes de manejo e racionalização ambiental. Progresso em direção a esse objetivo é medido através da avaliação dos tempos de processamento médio para os EAs e EISs, se os prazos negociados estão sendo cumpridos, e a implementação de abordagens integradas e soluções sensíveis ao contexto.

Esse procedimento inova ao prever a criação de instrumentos para promover a gestão eficiente do processo de licenciamento ambiental por agências líderes, com possibilidade de coordenação com outras agências e órgãos governamentais envolvidos, sejam federais, estaduais, distritais ou locais.

Salvo disposição normativa diversa, as agências líderes são livres para executar todas as tarefas e tomar todas as decisões em conjunto. Não obstante, se as agências líderes não concordam sobre uma matéria específica sob a sua autoridade conjunta, então elas devem tentar resolver suas diferenças consensualmente, não podendo o processo de licenciamento avançar até que isso ocorra.

3.5.4 Participação da sociedade no processo de avaliação ambiental

O reconhecimento da importância da participação popular no processo de tomada de decisões também é um ponto forte do processo de avaliação ambiental nos Estados Unidos.

O SAFETEA-LU especifica que as agências líderes também devem dar ao público a oportunidade de participação durante o desenvolvimento do propósito e identificação do leque de alternativas a serem consideradas.

Antes da edição do SAFETEA-LU, no processo de definição do âmbito da avaliação ambiental nos termos do procedimento previsto na NEPA, não havia nenhuma exigência explícita na norma federal para oferecer uma oportunidade para a participação do público na definição da finalidade e necessidade do projeto e sobre o leque de alternativas, antecedentemente à elaboração da declaração de impacto ambiental.

3.5.5 Do mecanismo de formulação de propostas alternativa

O regulamento SAFETEA-LU incentiva a eficiência no processo de avaliação ambiental, permitindo que a agência líder se decida por uma alternativa desenvolvida com um maior nível de detalhe, para fins de facilitar a mitigação ambiental ou o cumprimento de requisitos previstos em outras normas legais.

As agências líderes devem dar as agências participantes e ao público em geral a oportunidade de se envolver no desenvolvimento das finalidades e objetivos do projeto. O nível de participação será determinado pelas agências líderes caso-a-caso, tendo em conta a dimensão global e a complexidade do projeto. Essa oportunidade de participação deve ser amplamente divulgada e pode ocorrer sob a forma de oficinas ou reuniões públicas, encaminhamento de sugestões, teleconferências, postagens em sites da Internet, distribuição de materiais impressos, ou qualquer outra técnica de mídia.

As oportunidades de participação devem ser promovidas antes de tomadas de qualquer decisão substancial pelas agências líderes no processo de licenciamento.

O processo de planejamento de transporte permite que os governos estaduais e locais e os órgãos governamentais de planejamento metropolitano, com a participação dos interessados e do público, desenvolvam uma visão de futuro para o sistema de transporte de uma região, definindo metas e objetivos para a concretização da respectiva projeção.

As agências líderes são responsáveis pelo desenvolvimento de uma gama de alternativas, buscando a eficiência da alocação de recursos. Ao propor as alternativas, as agências líderes devem fornecer oportunidades para o envolvimento de agências participantes e do público, levando em consideração as contribuições fornecidas por esses segmentos.

3.5.6 A figura da joint lead agency no SAFETEA-LU

O destinatário direto de fundos federais para o projeto deve servir como *joint lead agency*, ou agência líder conjunta²⁴³. Os departamentos de transporte estaduais são normalmente o destinatário direto de fundos do projeto e, portanto, devem servir como agência líder, conjuntamente com a agência líder federal. A agência governamental local, que, via de regra, é a patrocinadora do projeto, também pode ser convidada para servir como agência líder-conjunta.

O Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos, *verbi gratia*, pode servir como uma agência líder conjunta com a FHWA ou a FTA para projetos de melhoria de transporte em uma fronteira nacional. Os documentos ambientais respectivos devem satisfazer os requisitos e exigências de ambos as agências líderes.

²⁴³ Tradução nossa.

As agências que são convidadas para serem *joint lead agencies* por convite assumem todas as funções, responsabilidades e autoridade de uma agência líder.

As entidades privadas, quer na qualidade de patrocinadoras ou copatrocinadoras dos projetos, não podem servir como *joint lead agencies*, sendo seu papel limitado a fornecer estudos ambientais ou de engenharia e comentários durante a realização do processo de avaliação ambiental.

3.5.7 Atribuições e responsabilidades específicas da agência líder conforme o SAFETEA-LU

No âmbito do SAFETEA-LU as agências líderes devem executar as seguintes funções: a) identificar e envolver agências participantes; b) desenvolver planos de coordenação, oportunidades de participação do público para a definição da finalidade e necessidade do empreendimento e o leque de alternativas; e c) colaborar com os órgãos envolvidos na determinação de metodologias e do nível de detalhe para a análise comparativa de alternativas. Além disso, as agências líderes devem realizar rigorosa supervisão e fiscalização na gestão do processo e resolver problemas e conflitos.

O papel da agência líder federal mudou sob a vigência do SAFETEA-LU. O referido regulamento reforçou o papel de gestora e facilitadora da agência líder federal no âmbito do processo de avaliação ambiental. A agência líder federal passou a ser responsável pela direção geral do processo de avaliação ambiental e pela celeridade na tomada de decisão acerca do licenciamento de um projeto de transporte. Em algumas situações, esse novo papel vai exigir que a agência líder tome medidas mais proativas e assertivas do que no passado para facilitar a conclusão tempestiva e adequada do processo de avaliação ambiental. Tais medidas visam a garantir que o processo de revisão ambiental avance em tempo hábil.

Em suma, de acordo com o disposto no SAFETEA-LU, são atribuídas à agência líder as seguintes competências e responsabilidades:

- a) identificar e envolver agências participantes do processo de avaliação ambiental de um empreendimento;

- b) desenvolver planos de coordenação, oportunidades de participação do público para a definição da finalidade e necessidade do empreendimento e o leque de alternativas;
- c) colaborar com os órgãos envolvidos na determinação de metodologias e do nível de detalhe para a análise comparativa de alternativas;
- d) realizar rigorosa supervisão da gestão do processo; e
- e) solucionar problemas e conflitos por meio de um procedimento administrativo de mediação e arbitramento.

3.5.8 As agências participantes no SAFETEA-LU

As agências governamentais federais, estaduais, regionais ou locais que possam ter interesse no projeto devem ser convidadas a servir como agências participantes. No entanto, organizações não-governamentais e entidades privadas, não podem figurar como agências participantes.

As agências líderes decidirão de forma consensual quais agências convidar para servir como agências participantes. As agências líderes não têm como saber ao certo quais são todas as agências com potencial interesse até que as alternativas tenham sido propostas, e as alternativas não podem ser definidas até as agências participantes terem a oportunidade de se manifestarem. Portanto, para superar esse paradoxo, cabe às agências principais identificar com razoabilidade e bom senso as potenciais agências interessadas desde o início do processo, objetivando resolver problemas o mais rápido possível. Não é necessário convidar as agências que têm apenas um interesse tangencial, especulativo, ou remoto no projeto.

As agências líderes podem acordar que o patrocinador do projeto seja responsável por convidar as agências estaduais e locais, sendo elas responsáveis por convidar órgãos federais e tribos de índios americanos. O referido acordo deve ser por escrito e registrado no plano de coordenação.

Agências líderes devem reconhecer que as limitações de recursos podem tornar difícil a pleno envolvimento de agência interessada, devendo esforçar-se para facilitar sua participação na definição da programação e nas reuniões de apresentação de posicionamento,

pelo uso de videoconferências, etc. A captação de recursos adicionais pelos estados pode minimizar os problemas crônicos de falta de recursos que impedem a boa gestão de processos de avaliação ambiental.

Qualquer uma das agências líderes pode enviar convites para as potenciais agências participantes. A menos que haja um acordo em sentido contrário, a agência líder federal será responsável por convidar tribos indígenas reconhecidas pelo governo federal que possam ter interesse no projeto.

Se, no decorrer do projeto, as agências líderes identificarem entidades adicionais que devam ser convidados a atuar como agências participantes, eles deverão prontamente convidá-las a participar do processo de licenciamento.

O trabalho de definição do âmbito do licenciamento ambiental pode ser realizado simultaneamente com o procedimento de envio de convites, desde que as agências potencialmente interessadas forneçam antecipadamente dados e informações de escopo, suficientes e pertinentes ao caso.

Um estado, tribo indígena ou agência local deve responder afirmativamente ao convite para ser designado como uma agência participante. Se o estado, agência local ou tribo indígena não responder dentro do prazo estabelecido, ou recusar o convite, independentemente das razões para o declínio, não será considerado um órgão envolvido no processo.

Não obstante, qualquer agência que tenha interesse real no projeto, mesmo recusando-se a ser uma agência participante, é livre para comentar sobre o projeto da mesma forma que um membro do público em geral seria.

3.5.9 Procedimentos para a correta utilização de comentários e posicionamentos no âmbito do processo de avaliação ambiental

Não há nenhuma disposição no SAFETEA-LU que impeça que qualquer pessoa apresente observações a uma agência federal envolvida sobre um determinado projeto.

No entanto, o procedimento previsto no SAFETEA-LU, que segue um modelo de coordenação pela agência líder, objetiva promover a identificação precoce de questões de

interesse, e assim impedir a apresentação intempestiva de comentários substanciais ou graves por qualquer agência durante o processo de avaliação ambiental.

Além disso, o modelo de coordenação tem por desiderato criar instrumentos para assegurar que o processo de análise ambiental seja informado por observações pertinentes de todas as agências participantes.

É muito importante identificar tão cedo quanto possível quaisquer questões substanciais em relação a potenciais impactos ambientais ou socioeconômicos do projeto para evitar retrabalho e atrasos na tomada da decisão final no processo de licenciamento.

As agências líderes vão sempre considerar quaisquer observações importantes apresentados pelas partes interessadas, mormente sobre novas alternativas ou metodologias para o projeto. No entanto, como já dito, os comentários de uma agência que recusa um convite para participar serão tratados como se fossem oriundos de participar popular.

Se os comentários feitos por uma agência federal apresentam problemas substanciais que podem atrasar a conclusão do processo de avaliação ambiental, o assunto deverá ser submetido ao procedimento consensual de resolução de conflitos.

As agências líderes devem levar em consideração comentários sobre questões já ultrapassadas, caso tais observações sejam derivadas de novos dados ou informações. No entanto, as agências participantes devem entender que o retrocesso às questões já resolvidas seguirá somente se a nova informação está em desacordo substancial com o que foi decidido e se refere a um problema de magnitude e gravidade suficiente para justificar a reconsideração.

3.5.10 As agências de cooperação

A agência de cooperação é qualquer agência federal que não seja uma agência líder, mas que tenha competência para decidir no que diz respeito a qualquer impacto ambiental envolvido em um projeto. Podem ser aceitas como agências de cooperação: agências estaduais ou locais. No caso dos impactos ambientes ocorrerem em terras de interesse indígena, uma tribo americana pode, por acordo com as agências líderes, tornar-se uma agência de participação ou de cooperação, para fins do processo de licenciamento.

As agências de cooperação são, por definição, agências participantes, mas nem todas as agências participantes são agências de cooperação. Isto porque os papéis e

responsabilidades de agências de cooperação e de agências participantes são semelhantes, mas as agências de cooperação têm um maior grau de autoridade, responsabilidade e envolvimento no processo de avaliação ambiental.

3.5.11 Modelo de atuação da agência líder: o plano específico de coordenação

As agências líderes devem trabalhar de forma cooperativa e interativa com as agências participantes sobre a metodologia e o nível de detalhe a ser utilizado em uma análise particular. As agências líderes devem considerar os pontos de vista das agências participantes com interesses relevantes antes de tomar uma decisão sobre uma metodologia particular. Não obstante, as agências líderes podem rever a metodologia a qualquer momento.

Relativamente à coordenação e programação, o SAFETEA-LU exige o estabelecimento de um plano para coordenar a participação do público e das agências participantes. O plano de coordenação pode incluir um cronograma para a conclusão do processo de avaliação ambiental.

As agências líderes devem desenvolver planos de coordenação e cronogramas, recorrendo a avaliações simultâneas, identificação e resolução de questões de interesse, garantindo o cumprimento dos compromissos de mitigação.

Agências líderes devem colocar as informações adequadas à disposição das agências participantes para que elas possam identificar possíveis problemas tão cedo quanto possível.

As agências principais devem estabelecer um plano para coordenar a participação do público e da agência e comentários durante o processo de avaliação ambiental. Buscando melhores resultados as agências líderes podem consultar as agências participantes sobre o plano de coordenação, porque os elementos-chave do plano de coordenação pode ser o ajuste de expectativas que exigem um comprometimento de recursos por parte das agências participantes.

Os planos de coordenação são desenvolvidos no início do processo de revisão ambiental, podendo ser alterados caso necessário. Como muitos dos elementos de um plano de coordenação podem ser repetitivos, podem, portanto, ser previamente estabelecidos pelas agências líderes para uma maior eficiência.

O plano de coordenação deve ser compartilhado com o público e com as agências participantes para que saibam o que esperar e para que todos os litígios sejam solucionados o mais cedo possível.

Os objetivos de um plano de coordenação são: facilitar e documentar a interação estruturada das agências líderes com o público e com outras agências, e informar tanto ao público quanto as agências participantes de como essa coordenação será realizada. O plano de coordenação tem o potencial de acelerar e melhorar o processo de avaliação ambiental, estabelecendo claramente as interações e as expectativas, mas o seu sucesso vai depender do bom senso e boa-fé das agências líderes para colocá-lo em prática.

Além disso, o plano de coordenação pode estabelecer um calendário de reuniões regulares e pode identificar quais pessoas, organismos ou entidades, devem ser incluídos, dependendo dos pontos que serão discutidos. O plano pode definir prazos para apresentação de comentários pelo público, organizações ou agências. As agências líderes podem incorporar o plano de coordenação em um Memorando de Entendimento (MoU), que seria aplicável a um único projeto ou a uma categoria de projetos.

As agências líderes devem identificar e considerar todos os fatores relevantes para o projeto que os impediria de tomar decisões imparciais sobre alternativas no futuro. Os fatores irão variar de projeto para projeto. Considerações que podem ser relevantes incluem o seguinte: a) se as informações sobre todas as alternativas já são suficientemente definidas e bem desenvolvidas para identificar recursos importantes e impactos potenciais, e para permitir uma escolha razoavelmente informado; b) se a coordenação precoce com o público e agências participantes resultaram num acordo geral sobre o nível de detalhe de alternativas que podem orientar a preparação da análise de alternativas; c) se o impacto potencial dos compromissos financeiros e de tempo, resultando em custos gerais do projeto e cronograma se uma outra alternativa, em última análise, é selecionada; d) e se a probabilidade de que comparações justas entre as alternativas irão resultar na escolha de uma alternativa preferida para um maior nível de detalhe.

3.5.12 O procedimento de tomada de decisões no âmbito do SAFETEA-LU

De qualquer forma, cabe às agências líderes a decisão final em relação a qual a melhor alternativa para o projeto, com base nas seguintes razões: facilitar a definição de medidas de mitigação ambiental, ou facilitar o cumprimento simultâneo de exigências ambientais previstas em regulamentos diversas. Este poder de decisão, se utilizado de forma adequada e comedida, constitui um instrumento eficaz de atingimento dos objetivos da legislação ambiental.

Como sempre, a comparação de alternativas tem que ser feita de uma forma justa e equilibrada. Se existem diferenças substanciais nos níveis de informação disponível para as alternativas, pode ser necessário aplicar suposições sobre impactos ou mitigação para fazer as comparações corretas. Por exemplo, se a mitigação é exigida apenas para a alternativa preferida, seguindo suposições de que podem ser tomadas medidas semelhantes para mitigar os impactos, as outras alternativas devem ser incluídas na análise comparativa das alternativas, mesmo que essas outras alternativas não sejam projetadas para o mesmo nível de detalhe. Esta comparação irá garantir que a alternativa preferida não seja apresentada de uma forma artificialmente positiva, como resultado de seu maior detalhamento.²⁴⁴

A fim de garantir um processo eficaz, cada associação ou grupo convidado para a reunião deve ser representada por uma pessoa com autoridade para assumir compromissos vinculativos em nome da entidade ou associação, ou grupo que represente. Assim, o nível de organização das pessoas convidadas a participar nessas reuniões pela agência principal federal pode variar dependendo da relevância das questões em disputa.

3.5.13 O procedimento para resolução de conflitos no âmbito do SAFETEA-LU

Dentro do processo de avaliação ambiental, a maioria dos problemas será resolvida de forma amigável ou será decidida pelas agências líderes sobre o mérito da causa, sem repercussões no processo. Se qualquer problema que possa atrasar a conclusão do processo de avaliação ambiental, ou resultar no indeferimento de uma licença, não poder ser resolvida

²⁴⁴ Essa é a chamada comparação “*apple to apple*”.

entre a agência líder e as agências participantes, o SAFETEA-LU prevê um procedimento para resolução dessa questão.

Com efeito, o SAFETEA-LU prevê um processo formal para resolver problemas graves que podem atrasar o projeto ou resultar em uma negação de uma aprovação necessária para o projeto. O patrocinador do projeto ou o Governador do Estado em que se localiza o projeto pode solicitar a instauração do processo para a resolução de problemas a qualquer momento.

Uma questão de preocupação que pode desencadear o processo de resolução de conflitos no SAFETEA-LU é qualquer problema que possa atrasar o projeto ou poderia impedir uma agência de conceder licença, ou outra aprovação que é necessário para o projeto. Para discordâncias menores, as agências líderes podem, após ouvir as agências participantes, decidir prosseguir sem recorrer a qualquer processo de resolução de conflitos. A resolução de conflitos sobre questões substanciais do processo de avaliação ambiental pode ser feita pela utilização de mediadores neutros e qualificados na área objeto da controvérsia.

A resolução de conflitos pode ser um acordo sobre o processo, para que se prossiga com a emissão da licença ou outra autorização necessária para um projeto. Esse acordo deverá estar sob a forma de um documento assinado.

3.5.14 O apoio financeiro público previsto no SAFETEA-LU

O SAFETEA-LU dispõe sobre as circunstâncias em que pode ser fornecido financiamento federal para as agências envolvidas no processo de avaliação ambiental. Esta disposição especifica que os estados podem fornecer fundos federais para as agências governamentais e tribos indígenas reconhecidas pelo governo federal que atuam como agências participantes, se elas puderem, de forma mensurável, acelerar ou melhorar o processo de avaliação ambiental.

As agências federais, estaduais ou as tribos indígenas reconhecidas pelo governo federal que recebem fundos federais do setor de trânsito de um estado só podem usar os fundos para pagar os recursos adicionais necessários para cumprir os prazos estabelecidos para avaliações ambientais de projetos de transporte.

Os recursos financeiros devem ser utilizados para atividades que, direta e significativamente contribuem para acelerar e melhorar o planejamento e execução de projetos de transporte, produzindo uma redução no tempo médio habitual das avaliações ambientais. Esse tempo habitual é definido como o tempo normalmente necessário para avaliações ambientais, a partir da data de edição do SAFETEA-LU, ocorrida em 10 de agosto de 2005.

3.6 O modelo de agência líder do New York State Department Environmental Conservation

Dentre os arranjos institucionais que adotam o modelo da agência líder encontrados no federalismo regulatório norte-americano, temos em âmbito estadual a agência ambiental *New York State Department Environmental Conservation* (DEC), criada pelo Estado de Nova York ainda no princípio da década de 70, com o desiderato de reunir em um único órgão governamental todas as atividades e políticas públicas voltadas à conservação e proteção do meio ambiente.

Assim, escolhemos o DEC para uma análise comparativa mais detida devido à disponibilidade de dados, à abrangência de sua atuação no âmbito estadual e ao longo tempo de experimentação do modelo de agência líder do mesmo, que já alcança mais de quatro décadas de utilização, demonstrando a confiabilidade e validade das informações coletadas. Além disso, o DEC foi uma das primeiras agências ambientais estaduais norte-americanas a adotar o modelo de agência líder.

Os objetivos institucionais do DEC consistem na realização de programas de conservação, proteção e uso eficiente dos recursos naturais do Estado de Nova York, bem como na prevenção e redução da poluição do ar, terra e água, com fim de melhorar a saúde, a segurança e o bem-estar social do povo e o desenvolvimento econômico do Estado.

Para consecução de sua missão, o DEC atua em prol da qualidade do meio ambiente, da saúde pública, da prosperidade econômica e do bem-estar social, promovendo a justiça ambiental e a participar dos cidadãos nas decisões que digam respeito a utilização dos recursos naturais que possa afetar suas vidas.

O DEC é chefiado por um comissário, que é assistido por gerentes executivos que respondem por áreas do órgão. O DEC possui 24 (vinte e quatro) divisões e escritórios regionais, sendo ainda organizado em departamentos com funções e competências específicas.

A sede do Escritório Central do DEC fica na cidade de Albany, no Estado de Nova York. Cada uma das nove regiões administrativas do DEC conta com um escritório regional que serve às comunidades dentro daquela localidade, sendo que em todo o departamento trabalham cerca de 3.000 (três mil) funcionários.

A legislação ambiental do Estado de Nova York é a fonte primordial dos poderes e competências do DEC. Não obstante, alguns programas ou políticas públicas na área ambiental realizados pelo órgão são também regidos por leis federais.

A atividade de fiscalização é exercida por oficiais de polícia de conservação ambiental e guardas florestais do DEC. Os primeiros são agentes policiais cuja missão é fazer cumprir todas as leis do estado, com especial ênfase na aplicação de leis de conservação ambiental, incluindo as relativas à fiscalização da qualidade ambiental, da caça e pesca, e proteção dos recursos naturais. Dentre suas atividades encontram-se a fiscalização da extração ilegal de madeira, da emissão de poluentes por veículos, do uso inadequado de pesticidas; da caça e pesca sem licença e a da venda ilegal de espécies ameaçadas de extinção.

Compete aos guardas florestais proteger as florestas do estado e pessoas que as utilizam, de todos os tipos de perigos, inclusive realizando buscas e operações de salvamento na floresta. Os guardas florestais também atuam na prevenção e repressão de incêndios florestais, executando atividades educacionais e de sensibilização das pessoas para o uso adequado das florestas e recursos naturais do Estado de Nova York.

A Lei de Conservação Ambiental do Estado de Nova York (ECL) estabelece os poderes, competências e programas de responsabilidade do DEC, os quais são melhor definidos e explicitados por regulamentos editados pelo próprio departamento, objetivando dar maior concretude às leis de conservação e proteção ambientais que fundamentam sua atuação.

O DEC trabalha com a participação do público em geral no processo de tomada de decisão, no que tange a elaboração de suas normas ambientais, viabilizando o envio de comentários acerca de proposições de normas em um procedimento que muitas vezes inclui audiências públicas.

A atividade de licenciamento ambiental é realizada pelo DEC com base em um procedimento padronizado chamado de regulamento de procedimento uniforme (artigo 70 do

Ato de Procedimento Uniforme - UPA), cujos objetivos são: assegurar uma decisão justa, oportuna e exaustiva, eliminar procedimentos inconsistentes ou desnecessários, incentivar a participação do público,

Para ajudar a determinar os requisitos de licenciamento, o departamento desenvolveu o mapeador de recursos ambientais (ERM). O referido programa de informática pode ser usado para localizar os pântanos de água doce e cursos d'água que se encontram dentro da competência regulatória do DEC. O ERM também pode ser utilizado para criar e imprimir mapas que podem ser enviados como parte do processo de pedido de licenciamento ambiental.

A critério do interessado, o DEC promove reuniões e audiências prévias, objetivando esclarecer os objetivos do projeto e os requisitos ambientais que serão exigidos, antecipando discussões preliminares acerca de possíveis abordagens alternativas.

Nessas ocasiões, desde que o empreendedor esteja disposto a ajustar sua proposta para atender as exigências prévias do DEC, as vantagens são inúmeras, uma vez que pequenas alterações no *layout* do projeto podem evitar discordâncias e atrasos, e, em alguns casos, até mesmo eliminar a obrigatoriedade do licenciamento.

O ato de procedimentos uniformes distingue entre projetos de grande e pequeno porte para fins de adoção de cada tipo de licença. Os grandes projetos encontram-se sujeitos à audiência pública, com a publicação da solicitação no Boletim de Comunicação Ambiental (ENB) do DEC, ou em um jornal local. A publicação estabelece um prazo para manifestações do público sobre o projeto, que pode variar entre 15 (quinze) e 45 (quarenta e cinco) dias, contados da data de publicação, dependendo do tipo de licenciamento solicitado. Com base nos comentários e sugestões recebidas, o DEC decide fazer, ou não, uma audiência pública para discutir o caso. Os projetos de pequeno porte geralmente não reclamam a realização de consultas ou audiências públicas.

Também de acordo com o ato de procedimentos uniformes, o DEC deve tomar sua decisão final acerca do licenciamento em 45 (quarenta e cinco dias), para os projetos de pequeno porte, ao passo que nos projetos de grande porte, caso não seja necessária a realização de audiência pública, o DEC tem 90 (noventa) dias para exarar sua decisão final.

Nos casos em que é necessária realização de audiência pública, o DEC notifica o requerente e o público em geral de sua realização em um prazo de 60 (sessenta) dias, sendo que a audiência deverá começar dentro de 90 (noventa) dias, contados do pedido de avaliação ambiental. Terminados os trabalhos da audiência pública, o DEC deve emitir uma decisão

final sobre o pedido em um prazo de 60 (sessenta) dias, após ter recebido todos os registros da audiência.

Os administradores dos escritórios regionais do DEC têm competência para emitir a licença para projetos que não requerem uma audiência pública, sendo o Comissário, em regra, competente para tomar a decisão final sobre o pedido nos casos em que se faz necessária a realização de audiência pública.

Caso o DEC não consiga tomar uma decisão final dentro do prazo previsto em regulamento, o requerente pode notificar o chefe da divisão de licenças ambientais; que deverá encaminhar pelo correio a decisão do DEC no prazo de 5 (cinco) dias úteis, sob pena de a licença ser considerada automaticamente concedida, sujeita a condições ambientais padrão. Não obstante, os prazos do procedimento de licenciamento podem ser expressamente prorrogados por acordo entre o DEC e o requerente.

Privilegiando o aspecto da transparência, encontram-se disponibilizados ao público por um sistema de pesquisa no site do DEC na Internet (www.dec.ny.gov) informações detalhadas sobre o andamento dos pedidos de licenciamento, incluindo o *status* das licenças ambientais: emitidas, negadas ou em análise. Esse sistema possui um assistente de pesquisa que fornece as ferramentas para fazer buscas de pedidos de licenciamentos por localização, tipo, data, requerente e empreendimento.

O sistema permite também a utilização de uma lista de verificação (*checklist*) mostrando cada tipo de licença ambiental e o aplicativo, ou os formulários e itens exigidos para a apresentação do pedido, bem como requisitos adicionais que possam vir a ser exigidos por parte do DEC.

3.6.1 O State Environmental Quality Review (SEQR)

Nos casos em que agências de outros estados e agências federais tenham competência concorrente sob um mesmo projeto ambiental analisado pelo DEC, é observado um procedimento específico previsto em um regulamento editado pelo próprio DEC com vistas a promover a cooperação interagências no processo de avaliação ambiental.

O referido regulamento denominado *State Environmental Quality Review* (SEQR), foi editado originalmente em 01 de novembro de 1978, tendo sofrido nesse meio tempo duas revisões, ocorridas, respectivamente, em 01 de junho de 1987 e 01 de janeiro de 1996.

Há dois programas de treinamento disponíveis no site do DEC na Internet, para auxiliar os patrocinadores do projeto, as próprias agências participantes e ao público em geral sobre os requisitos e exigências básicas da SEQR para a análise de pedidos de licenciamento ambiental.

De acordo com o SEQR se um projeto ou empreendimento não acarreta impactos ambientais adversos significativos, uma declaração de insignificância ambiental ou de inexigibilidade de licenciamento é emitida. De outro modo, se o projeto ou empreendimento deverá causar impactos ambientais adversos potencialmente significativos, uma Declaração de Impacto Ambiental é necessária.

O procedimento previsto no SEQR se utiliza de estudos de impacto ambiental para examinar maneiras de se evitar ou reduzir os impactos ambientais adversos relacionados a uma proposta de realização de um empreendimento. Isto inclui uma análise de todas as alternativas possíveis e razoáveis para viabilizar a realização do projeto. Os solicitantes que buscam a aprovação de projetos ou de financiamento serão responsáveis pela elaboração do referido estudo, caso seja o mesmo exigível.

O SEQR preceitua que as agências governamentais estaduais e locais devem considerar nas análises dos pedidos de licenciamento, conjuntamente aos impactos ambientais, os fatores sociais e econômicos conjunturais na tomada de decisões relativas à realização de um projeto ou empreendimento.

O processo de tomada de decisão previsto no SEQR incentiva a comunicação e cooperação entre as agências governamentais envolvidas, os patrocinadores dos projetos ou empreendimentos e o público em geral.

O SEQR aplica-se a todas as agências governamentais estaduais ou locais, incluindo órgãos e autoridades distritais, sempre que eles devam aprovar ou financiar um projeto ou empreendimento privado, ou patrocinado pelo Poder Público. O referido regulamento também se aplica sempre que uma agência for diretamente responsável pela realização de um determinado projeto ou empreendimento.

Quando os projetos ou empreendimentos forem divididos em várias etapas ou atividades distintas, todo o conjunto do projeto deve ser considerado, mesmo que várias agências independentes estejam envolvidas. A segmentação de um projeto em partes para

análise individual de cada agência envolvida contraria os objetivos do regulamento, sendo uma atitude vedada pelo SEQR. Da mesma forma, nenhuma agência envolvida na análise do projeto pode tomar uma decisão final até que o procedimento previsto no SEQR esteja concluído.

Com o desiderato de evitar solicitações desnecessárias de licenciamento, o regulamento do SEQR traz listados exemplos de projetos que normalmente não têm um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente, tais como: a reconstrução ou substituição de instalações, em espécie, no mesmo local de estruturas menores, como garagens, celeiros ou piscinas residenciais, autorizações de rotina e renovações de licença sem alterações substanciais em atividades permitidas, construir ou expandir estruturas não-residenciais primárias ou anexos em zona adequada com menos de 4.000 pés quadrados²⁴⁵ de área construída ou expansão em duas ou três residências familiares em lote já aprovado, em atividades de rotina das instituições de ensino, incluindo expansões de instalações existentes de menos de 10.000 pés quadrados, atividades de manutenção e reparação, projetos emergenciais, projetos da Assembleia Legislativa, do governador ou do Poder Judiciário do Estado de Nova York, projetos sujeitos à licenciamento ambiental no âmbito da *Adirondack Park Agency* (APA)²⁴⁶.

Em relação a vários aspectos a adoção do procedimento de licenciamento previsto na SEQR é vantajosa para os patrocinadores dos projetos (empreendedores), para as agências reguladoras responsáveis e para a sociedade.

De acordo com as regras do SEQR os cidadãos podem participar na delimitação do âmbito da Declaração Ambiental, analisar documentos sobre o projeto e elaborar sugestões que serão avaliadas pelos tomadores de decisão das agências, além de poder participar de audiências públicas sobre os impactos ambientais do empreendimento.

A agência líder é a figura central do procedimento previsto no SEQR, que atua na condução superior e coordenação do processo de avaliação ambiental.

O propósito da agência líder é ser responsável por coordenar o procedimento de licenciamento sempre que um projeto ou empreendimento para ser realizado, com ou sem financiamento público, dependa da aprovação de duas ou mais agências reguladoras ou órgãos governamentais; objetivando a condução do processo como uma única avaliação ambiental

²⁴⁵ Um pé quadrado equivale a 0,09290304 metros quadrados.

²⁴⁶ O Parque Adirondack foi criado em 1892 pelo Estado de Nova York para proteção dos recursos hídricos e madeireiros da região. Atualmente, o Adirondack Park é a maior área pública contígua protegida dos Estados Unidos, sendo maior do que os parques Yellowstone, Everglades, Glacier, e Grand Canyon National Park. Fonte: <www.apa.ny.gov>.

integrada. Evita-se com isso a condução concomitante de dois ou mais procedimentos de licenciamento ambiental que possam ocasionar retrabalho e decisões contraditórias.

No procedimento do SEQR sempre há uma agência líder para quaisquer tipos de projetos, sejam eles de pequeno ou grande porte. Se houver apenas uma agência responsável pelo licenciamento ambiental esta exercerá as competências próprias da agência principal.

Nos projetos que não estejam, a princípio, sujeitos ao licenciamento ambiental a designação de uma agência líder para coordenar o procedimento é meramente facultativa, exceto se uma das agências responsáveis exigir o licenciamento ou emitir uma declaração negativa de exigibilidade de licenciamento com condicionantes ambientais.

A agência líder é normalmente a agência governamental com maior responsabilidade, seja na realização, seja no financiamento ou na aprovação de um projeto ou empreendimento.

O procedimento de licenciamento deverá ser iniciado pela primeira agência responsável que receber um pedido de licenciamento de um projeto ou empreendimento. Entretanto, isso não quer dizer que a mesma necessariamente tornar-se-á a respectiva agência líder, a menos que não haja outras agências responsáveis por algum outro aspecto do licenciamento.

A escolha da agência líder deverá ocorrer em até 30 (trinta) dias a contar da data em que concluída a primeira etapa do procedimento, quando todos os documentos e informações forem enviados para manifestação preliminar de todas as agências envolvidas. Se, ao final do período de 30 (trinta) dias, as agências envolvidas não chegarem a um acordo acerca da escolha da agência líder, qualquer uma das agências envolvidas ou o próprio requerente (patrocinador do empreendimento) podem solicitar ao Comissário do DEC a designação unilateral da agência líder.

Da mesma forma, caso duas ou mais agências envolvidas manifestem interesse em se tornar agência líder, ou mesmo se nenhuma das agências quiser assumir a função, ultrapassados os 30 (trinta) dias de prazo para indicação, o Comissário do DEC será chamado para resolver a disputa.

Somente nas hipóteses de conflito positivo ou negativo de atribuições ou de discordância, poderá o Comissário do DEC designar de forma unilateral a agência líder. Em todos os demais casos, a agência líder será escolhida por consenso entre as agências envolvidas. De qualquer modo, em nenhuma hipótese é facultado ao próprio requerente escolher a respectiva agência líder.

Para projetos recorrentes ou rotineiros que envolvam o mesmo grupo de agências pode ser estabelecida uma pré-identificação da agência líder apropriada, por meio de acordos de cooperação ou memorandos de entendimento. E assim, cada vez que um projeto previsto no acordo de cooperação é apresentado para aprovação, a agência pré-identificada assumirá automaticamente o *status* de agência líder, conforme convencionado pelas agências envolvidas. Com isso, elimina-se a necessidade de designações da mesma agência líder para casos similares e repetitivos, reduzindo-se o prazo de conclusão do processo de licenciamento.

A despeito de não haver proibição expressa para a designação de duas agências como líderes no processo de licenciamento, conforme entendimento esposado pelo DEC, a instituição de coliderança deve ser evitada ao máximo, a menos que as duas agências possam conceber um mecanismo formal de resolução de litígios. Ressalte-se que esse mecanismo de resolução de conflitos não deve resultar em um atraso na tomada de decisões em tempo hábil.

A agência líder na condução e coordenação do procedimento de licenciamento ambiental deverá solicitar a manifestação de todas as outras agências envolvidas acerca de suas preocupações e exigências em relação ao projeto.

Da mesma forma, deverá a agência líder levar em conta em sua avaliação de significância do impacto ambiental todos os aspectos do projeto, considerado de forma global, não limitando a análise apenas aos impactos que afetariam áreas de sua própria competência.

Compete à agência líder determinar o âmbito e conteúdo da declaração de impacto ambiental e os estudos a serem elaborados pelo solicitante da licença, bem como promover a adequação do projeto apresentado, caso seja o mesmo considerado insuficiente ou inadequado, identificando por escrito todas as deficiências a serem corrigidas.

A agência líder também deverá decidir se é necessária a realização de uma audiência pública em relação a cada projeto ou empreendimento, cujos comentários e sugestões do público participante também condicionarão o conteúdo e alcance da declaração de impacto ambiental.

Ao final, cabe à agência líder preparar suas próprias conclusões acerca do pedido de licenciamento antes da tomada da decisão final.

A agência líder não pode delegar as suas competências e responsabilidades para outra agência. No entanto, ela pode delegar a execução de atividades instrumentais, tais como, a coleta de dados e informações ou a revisão do material apresentado para a análise de significância de impacto ambiental ou da própria declaração de impactos ambientais a outros

órgãos envolvidos ou consultores independentes. A agência líder pode contar com a experiência específica de outra agência envolvida ou de especialistas na respectiva área de conhecimento.

Para fins do processo previsto no SEQR, uma agência é considerada envolvida quando possui competência legal para tomar alguma decisão discricionária relacionado a algum aspecto do projeto ou empreendimento respectivo. As agências envolvidas não deixam de exercer suas competências, sendo incentivadas a apresentar as suas preocupações e exigências durante o período de análise do requerimento, sob a coordenação da agência principal.

As agências envolvidas estão proibidas de tomar decisões finais ou assumir qualquer compromisso antes do processo previsto no SEQR estar concluído. As agências que tomarem tais decisões e os requerentes que as aceitarem, estarão agindo por sua própria conta e risco, uma vez que tais decisões podem ser declaradas nulas e sem efeito através de decisão judicial, com o fundamento na inobservância das disposições contidas no SEQR.

Sem uma coordenação efetiva, é indisputável que as decisões das várias agências envolvidas podem tornar-se conflitantes e até mesmo contraditórias, causando incerteza, confusão e atrasos no processamento de algumas das aprovações para o projeto apresentado.

No mais, o DEC não tem competência nem autoridade para rever a aplicação e observância das disposições da SEQR por outras agências. Em outras palavras, não há nenhum "xerife do SEQR."

Se uma agência toma uma decisão inadequada ou em desacordo com as disposições do SEQR, qualquer cidadão ou grupos que possam vir a ser prejudicados por aquela falha, podem tomar medidas judiciais contra a agência respectiva, nos termos do artigo 78 do Código Civil do Estado de Nova York²⁴⁷. Assim, as decisões tomadas no processo de licenciamento ambiental poderão ser reexaminadas ou anuladas por um tribunal.

O DEC fornece ainda interpretações informais e orientação sobre como encaminhar uma solicitação de licenciamento ambiental. Essas interpretações informais são baseadas na experiência da sua equipe. O DEC, no entanto, não pode fornecer pareceres jurídicos formais sobre as preocupações e exigências de outras agências. As agências estaduais ou locais e as partes interessadas devem consultar seus próprios assessores jurídicos, para interpretações formais da legislação e do SEQR.

²⁴⁷ NY Code - Article 78: proceeding against body or officer – Disponível em: <<http://codes.lp.findlaw.com/nycode>>

As avaliações ambientais são padronizadas pelo uso do Formulário de Avaliação Ambiental (FAA). Ao completar um FAA, a agência líder determina o grau de significância dos impactos ambientais de um projeto específico.

3.7 O modelo da agência líder na Austrália

A Austrália seguindo as tendências iniciadas no Reino Unido e dos Estados Unidos no sentido da implementação das reformas da Administração pública, pela adoção de novos modelos e práticas de gestão, editou o *Public Service Reforma Act*, de 1984. O referido ato reformador promoveu a reestruturação dos serviços públicos e da burocracia estatal com base nas diretrizes do modelo de administração pública gerencial.²⁴⁸

A partir daí os sucessivos governos australianos (fosse qual fosse o viés ideológico)²⁴⁹ foram introduziram paulatinamente “práticas de gerenciamento privado no setor público”, movimento evidenciado pelo *slogan* de campanha do partido trabalhista nas eleições de 1982: “dirigir o Estado como uma empresa”.²⁵⁰

Nesse desiderato, a Austrália adotou algumas modelagens institucionais semelhantes²⁵¹ à da agência líder norte-americana em relação a diversos setores da economia e Administração pública daquele país. Segue abaixo alguns exemplos do modelo.

O *Department of Mines and Petroleum* (DMP) do governo australiano é a agência líder para os setores de mineração, petrolíferos, geotérmica e captura e armazenamento de carbono. O DMP é também a agência líder para a promoção de iniciativas de exploração, incluindo a exploração no regime de incentivos.²⁵²

O DMP é o órgão responsável pela aplicação das disposições da *Mining Act 1978* (Lei de Mineração), segundo a qual todos os minérios localizados no território australiano são de

²⁴⁸ PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p.48

²⁴⁹ Partidos trabalhistas e conservadores, que se sucederam no poder, adotaram as mesmas premissas do gerencialismo para a organização e atuação da Administração pública.

²⁵⁰ PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p.49

²⁵¹ Conforme já ressaltado anteriormente, o modelo da agência líder norte-americano funciona como um *framework* que se adapta as peculiaridades e necessidades de cada setor específico, mas sem prejuízo da manutenção do núcleo duro informado pela lógica da cooperação interagências.

²⁵² Lead Agency Framework: a guidance note for implementation. Department of the Premier and Cabinet. Disponível em: <http://www.planning.wa.gov.au/dop_pub_pdf/Lead_Agency_Guidance_Document.pdf> Acesso em: 18 Nov 2015.

propriedade do estado e um título de mineração deve ser obtido antes de qualquer exploração ou mineração a ser empreendida.

De acordo com o disposto na referida Lei de Mineração, o Ministro de Minas e Petróleo deve consultar o ministro da pasta responsável pela administração das terras públicas específicas, com vistas a obter o consentimento desse último antes de prosseguir no processo de autorização para atividade de mineração.²⁵³

O *Department of Planning* (DoP) do governo australiano é a agência líder para o setor de gestão urbana estratégica e de soluções de habitação urbana na região da Austrália Ocidental.

O DoP é o órgão responsável pela administração da *Planning and Development Act* de 2005 (Lei de Planejamento e Desenvolvimento). Esse diploma legal é o principal estatuto que rege o uso e desenvolvimento sustentável da terra na região da Austrália Ocidental²⁵⁴

Outra agência líder do governo australiano é o *Department of Transport* (DoT), ao qual compete as questões ligadas ao planejamento do transporte integrado, infraestrutura de transportes públicos decorrente do Plano Diretor de Transporte Público, ferroviário e rodoviário, cabendo-lhe elaborar propostas e projetos para o planejamento de corredores de transporte.²⁵⁵

O DoT é a agência responsável pela aplicação da *Transport Coordination Act* de 1966 (Lei de Coordenação dos Transportes), a qual prevê a coordenação, planejamento e promoção de todas as formas de transporte no país, sendo responsável pelo planejamento modal e o funcionamento da rede de transporte, cabendo-lhe a elaboração de projetos relacionados ao transporte.²⁵⁶

O *Department of Regional Development and Lands* (DRDL) é a agência líder responsável pela administração dos fundos regionais de royalties, cujo papel é administrar e coordenar a aplicação dos recursos dos referidos fundos. Ele fornece garantia de que os fundos são controlados e são contabilizadas por meio de uma série de mecanismos para garantir o melhor resultado das despesas para o Estado. O DRDL é responsável por definir as regras e requisitos de informação e monitoramento do desempenho dos referidos fundos.²⁵⁷

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Idem.

²⁵⁷ Idem.

3.8 O modelo da agência líder no Canadá

O Canadá também possui arranjos institucionais semelhantes à modelagem da agência líder no tocante às atividades de gerenciamento de situações de emergência e contenção de derramamentos de óleo nas águas canadenses, e no Oceano Ártico.

O procedimento de gerenciamento de emergências encontra-se previsto em manual do Diretoria de Políticas de Gestão de Emergências canadense, editado com o objetivo de orientar e consolidar a forma e os instrumentos com os quais os órgãos governamentais trabalharão em conjunto para proteger a segurança e integridade física de toda a população canadense em situações de emergência.²⁵⁸

De acordo com a referida orientação normativa, a gestão de emergências é uma responsabilidade partilhada entre vários órgãos governamentais com vistas a construir uma sociedade próspera, sustentável e resiliente aos efeitos de desastres.²⁵⁹

Os governos central e das províncias e territórios (FPT)²⁶⁰ somam esforços para produzir uma estrutura de gerenciamento de emergência para o Canadá, cuja modelagem institucional estabelece uma abordagem comum para as várias iniciativas de gestão. O referido modelo tem por objetivo permitir a consolidação do trabalho colaborativo dos FPT e garantir ações complementares mais coerentes entre as diferentes iniciativas governamentais.²⁶¹

O modelo está baseado em uma decisão tomada em 2004 em reunião do Conselho da Federação, onde os *premiers*²⁶² concordaram em orientar seus secretários a trabalhar com o governo federal para desenvolver uma estratégia coordenada em matéria de prontidão e resposta a emergências para o país como um todo, respeitando leis e planos locais já existentes.²⁶³

Cada esfera de governo tem uma responsabilidade para com a gestão de emergências e segurança da população do Canadá. O modelo de cooperação orienta-se pelo pleno respeito

²⁵⁸ An Emergency Management Framework for Canada. Ottawa - Emergency Management Policy Directorate - Public Safety Canada. Revised Edition: January 2011 (Second Edition). Disponível em <<http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/mrgnc-mngmnt-frmwrk/index-eng.aspx#a06>> Acesso em 31 dez 2015

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ Sigla que, em inglês, significa: “*Federal, Provincial and Territorial*”.

²⁶¹ An Emergency Management Framework for Canada. Ottawa - Emergency Management Policy Directorate - Public Safety Canada. Revised Edition: January 2011 (Second Edition). Disponível em <<http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/mrgnc-mngmnt-frmwrk/index-eng.aspx#a06>> Acesso em 31 dez 2015.

²⁶² Os *premiers* são os governadores de províncias e territórios canadenses.

²⁶³ An Emergency Management Framework for Canada. Ottawa - Emergency Management Policy Directorate - Public Safety Canada. Revised Edition: January 2011 (Second Edition). Disponível em <<http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/mrgnc-mngmnt-frmwrk/index-eng.aspx#a06>> Acesso em 31 dez 2015.

das competências dos governos locais, não podendo o mesmo ser interpretado de modo a promover a derrogação das mesmas.²⁶⁴

Na referida orientação normativa foi adotado uma concepção abrangente de perigo que consiste em todos os perigos e desastres naturais, ou provocados pelo homem, os quais estão aumentando em número e frequência em todo o mundo, resultando em cada vez maior sofrimento humano e prejuízos econômicos. Acresce que os ataques terroristas contra alvos ocidentais tendem a persistir.

A maioria das situações de emergência no Canadá são de natureza local e são geridos pelos governos dos municípios, províncias ou territórios. Não obstante, os riscos associados a fatores como o aumento da urbanização, as dependências de infraestrutura crítica e interdependências, o terrorismo, as alterações climáticas, alterações ambientais, doenças em animais e humanos e a grande mobilidade de pessoas e bens em todo o mundo têm aumentado o potencial de ocorrência de vários tipos de catástrofes. Tais eventos podem transcender às fronteiras geográficas locais, demandando a referida gestão de emergências coordenada entre as várias esferas de governo.

O modelo prevê estruturas legais e políticas, programas, atividades, normas e outras medidas a fim de permitir e inspirar todos os parceiros da gestão de emergência no Canadá a trabalhar em colaboração objetivando manter os canadenses seguros. Dada a natureza dinâmica e em constante evolução da gestão de emergências através de cada esfera de governo no Canadá, o modelo está sujeito a revisão a cada cinco anos para garantir que ele continua sendo eficiente.

As funções de gerenciamento de emergência e atividades são realizadas de forma responsável em todos os níveis da sociedade canadense. Existem marcos legais e políticos e outros arranjos estabelecendo diretrizes e normas para assegurar que a pronta resposta, sendo a prestação de contas observada na condução das atividades de gerenciamento de emergência.

As responsabilidades de gestão de emergência no Canadá são compartilhadas pelos FPT e os seus parceiros, incluindo os cidadãos que têm a responsabilidade de estar preparado para desastres e contribuir para a resiliência da comunidade. Os governos das províncias e territórios têm a responsabilidade de gestão de emergências dentro de suas respectivas jurisdições.

²⁶⁴ Idem.

O governo federal exerce liderança em nível nacional e em matéria de responsabilidades de gestão de emergência sobre terras e propriedades sob responsabilidade federal.²⁶⁵

Em caso de emergência, a primeira resposta é quase sempre dada pelas autoridades locais, em nível provincial ou territorial, porque os desastres ocorrem com mais frequência no âmbito local. Se a emergência está além da capacidade do governo das províncias ou territórios, o governo federal assume a tarefa.

Todos os canadenses estão envolvidos na gestão de emergências. Os cidadãos, as comunidades, os municípios, os governos federal, provincial e territorial, os povos aborígenes, os socorristas de emergência, o setor privado, as organizações não-governamentais, os voluntários, as universidades, bem como as organizações internacionais e países aliados podem ser envolvidos na gestão de emergência. Boas parcerias baseadas na efetiva colaboração, coordenação e comunicação são componentes essenciais dos sistemas de gestão de emergências dos FPT.

A gestão de emergências requer a colaboração, coordenação e integração para facilitar a ação complementar e coerente por todos os parceiros, para assegurar o uso mais eficaz dos recursos de gerenciamento de emergência e execução de atividades. Sistemas de gestão de emergência complementares em todos os níveis devem prever esforços concertados a fim de facilitar a prevenção tempestiva e eficaz, bem como a mitigação, preparação, resposta e execução de medidas de recuperação para lidar com desastres. A coerência de ação está pautada na existência de claras e adequadas funções, responsabilidades, autoridades e capacidades dos parceiros de gestão de emergências, e se baseia em expectativas amplamente compartilhadas, compreensão e apoio.

Não há papel mais fundamental para os FPT do que preservar a segurança de seus cidadãos. Decisões de gestão de emergência tomadas pelos FPT são guiadas por ética e valores que estejam consonantes com o primado da vida e dignidade humana. Quando as ações podem salvar vidas, preservar o meio ambiente ou proteger a propriedade e a economia, os impactos imensos dessas decisões devem ser cuidadosamente ponderados no contexto da ética e valores de gestão de emergências.

Os FPT atuam de forma cooperativa dentro da estrutura conjuntamente estabelecida de governança de gestão de emergência, o que facilita a coordenação e colaboração no pleno respeito da competência de cada esfera de governo.

²⁶⁵ Idem.

No mais, inúmeros departamentos governamentais, juntamente com vários órgãos e agências, são responsáveis por regular e fiscalizar a atividade de exploração de recursos naturais no norte do país, de modo a minimizar os danos para o meio ambiente e para a qualidade de vida das pessoas.

As agências que trabalham em conjunto para garantir que derramamentos de óleo sejam tratados adequadamente são: a *Canadian Coast Guard*, a *National Energy Board* e o *Department of Indian Affairs and Northern Development*. Cada uma dessas agências tem planos que descrevem como ela vai responder a uma série de situações diferentes. É importante que estes planos adotem uma abordagem integrada para evitar a sobreposição de competências, garantindo que todos trabalhem juntos caso ocorra um derramamento de óleo.²⁶⁶

O Canadá também assumiu o compromisso de proteger o meio ambiente na área do círculo polar ártico, estando ativamente envolvido nos esforços internacionais da Conselho do Ártico para evitar a poluição e conter derramamentos de óleo no Oceano Ártico.

A agência ambiental do Canadá pode ajudar com previsões meteorológicas sobre as condições das geleiras e do tempo no Oceanos Ártico, pode fornecer informações sobre a localização de derramamentos de óleo e o impacto dos mesmos nos peixes e espécies de mamíferos marinhos, como as populações de baleias beluga.²⁶⁷

Da mesma forma, a agência ambiental do Canadá também pode acionar o *Arctic Regional Environmental Emergencies Team* (REET). O REET é um comitê interinstitucional que inclui representantes de organizações federais, territoriais e ambientais, além de grupos aborígenes. É presidido por um representante do setor de meio ambiente do Canadá. O objetivo da REET é proporcionar consultoria ambiental consolidada para a agência líder. O objetivo da REET é minimizar os danos aos recursos sensíveis e habitats naturais.²⁶⁸

A *Canadian Coast Guard* é a agência líder para derramamentos de óleo em águas canadenses por navios e barcas, ou que resultem de transferência de petróleo *ship-to-shore*.

O *National Energy Board* (NEB) é a agência líder para emergências relacionadas a exploração e produção de petróleo e gás em áreas de fronteira, como as águas do Oceano Ártico.

²⁶⁶Texto original: Working together: what government and other agencies do if canadian arctic waters are threatened by a spill: handbook. Ottawa - Minister of Indian Affairs and Northern Development, 2003. Disponível em: <www.aadnc-aandc.gc.ca/dam/dam-inter-hq/staging/texte-text/wkto_1100100036935_eng.pdf> Acesso em 20 nov 2015

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Idem.

O *Department of Indian Affairs and Northern Development* (DIAND) é a agência líder para os casos de derramamentos de óleo em águas do Ártico por empreendimentos para os quais autorizou a licença ambiental de instalação ou operação.²⁶⁹

O Canadá adota o modelo (*framework*) da agência líder do direito norte-americano também em seu setor de saúde pública por intermédio da agência *Public Health Agency of Canada*, que é responsável pela coordenação geral de dois projetos importantes: o *Federal Initiative to Address HIV/AIDS* e o *Canadian HIV Vaccine Initiative*. Através dessas duas iniciativas, o Governo do Canadá está liderando os esforços para combater o vírus HIV no Canadá e em todo o mundo.²⁷⁰

Outros setores da Administração pública canadense que introduziram aspectos do modelo de atuação da agência líder foram os ligados à proteção à infância e juventude²⁷¹, à defesa nacional e à segurança da informação²⁷²

3.9 Agência líder binacional no setor de controle do espaço aéreo da América do Norte: o NORAD

O *North American Aerospace Defense Command* (NORAD) é uma organização binacional composta pelos Estados Unidos e Canadá, a qual foi atribuído por acordo internacional bilateral o desempenho das atividades de alerta e controle aeroespacial para toda a América do Norte.²⁷³ A atividade de alerta aeroespacial inclui o monitoramento de objetos feitos pelo homem no espaço, e a detecção, validação e alerta de ataque contra a América do Norte, seja por aeronaves, mísseis ou veículos espaciais, atividade desempenhada através de auxílio e de informações provenientes dos comandos aéreos de outros países, conforme estabelecido em acordos internacionais de cooperação técnica. O controle aeroespacial consiste na garantia da soberania e defesa do espaço aéreo do Canadá e dos Estados Unidos.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ A Iniciativa Federal para enfrentamento do HIV é uma estrutura organizada para reforçar o papel de resposta do governo federal ao vírus HIV, ao passo que a Iniciativa Canadense de Vacinas HIV é um compromisso de colaboração entre o Governo do Canadá e a Fundação Bill & Melinda Gates que contribui no esforço global para desenvolver uma vacina segura, eficaz, e globalmente acessível, contra o vírus HIV. Fonte: < <http://www.phac-aspc.gc.ca/aids-sida/about/index-eng.php> > Acesso em: 10 jan 2016.

²⁷¹ Cf. Student Nutritio Program.of Ministry of Children and Youth. Fonte:: <<http://www.children.gov.on.ca/htdocs/English/topics/schoolsnacks/locations.aspx>>.

²⁷² Cf. Cyber Security in the Canadian Federal Government. Fonte: < <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrtr/cbr-scrtr/fdrl-gvrnmnt-eng.aspx> >

²⁷³ Norad: history. Fonte: <<http://www.norad.mil/AboutNORAD/NORADHistory.aspx>>

O termo aditivo de renovação do Acordo do NORAD celebrado em maio de 2006 adicionou uma nova atribuição à organização: a de alerta marítimo, que importa no monitoramento e controle único de atividades marítimas realizadas nos Estados Unidos e Canadá, e respectivas zonas marítimas e vias navegáveis interiores.

Para realizar essas missões sensivelmente relevantes, o NORAD faz ajustes periódicos em sua estrutura para atender às demandas de um mundo em constante mudança.

O comandante do NORAD é nomeado conjuntamente pelo presidente dos Estados Unidos e pelo primeiro-ministro canadense. O quartel-general do NORAD localiza-se na Base Aérea de Peterson, localizada em Colo.

O NORAD possui três subsedes regionais subordinadas, localizadas na Base Aérea de Elmendorf, no Alaska (US), na Canadian Forces Base, em Winnipeg, Manitoba (CA), e na Base da Força Aérea em Tyndall, na Flórida (US), as quais compete controlar as operações aéreas no âmbito das respectivas áreas de responsabilidade, sob a supervisão de seu comando superior.

Para cumprir a missão relativa ao alerta aeroespacial, o NORAD emite um aviso de avaliação de ataque tático integrada para os governos do Canadá e dos Estados Unidos.

Em relação à missão de controle aeroespacial, o NORAD utiliza uma rede de satélites, radares baseados em terra, e radares aerotransportados em caças, para detectar, interceptar e, se necessário, se envolver em qualquer ameaça de invasão do espaço aéreo na América do Norte.

Como parte de sua missão de controle aeroespacial, o NORAD auxilia na detecção e monitoramento de aeronaves suspeitas de tráfico ilegal de drogas. Essas informações são passadas para as agências civis responsáveis pelo combate ao fluxo de drogas ilegais para a América do Norte. O NORAD está desenvolvendo atualmente a metodologia para a implementação da nova missão de alerta marítimo.

O NORAD emprega um conjunto de sensores espaciais, aéreos e terrestres, aviões-tanque de reabastecimento em voo e caças de combate, controlados por uma sofisticada rede de comando e controle para prevenir, detectar e defender o espaço aéreo norte-americano contra ameaças aéreas originadas dentro ou fora do território norte-americano.

Com isso, o NORAD fornece às autoridades civis a capacidade de uma resposta à altura das ameaças ao espaço aéreo doméstico. Suas capacidades singulares continuam a ser uma parte vital da defesa norte-americana.

Desde os ataques terroristas do dia 11 de setembro de 2001, o Continental U.S. NORAD Region (CONR)²⁷⁴, tem exercido as atribuições de agência líder na execução da Operação *Noble Eagle*, uma missão em curso para proteger o território continental dos Estados Unidos de novas agressões aéreas, sejam de dentro ou fora das fronteiras do país.

O CONR está atualmente dividido em dois setores de defesa: o Setor de Defesa Ocidental, com sua sede localizada na base comum (US-CA) de Lewis-McChord, em Washington; e o Setor de Defesa Médio, com sua sede localizada em Roma, Estado de Nova York.

O Centro Combinado de Operações Aéreas coordena as atividades setoriais do CONR e executa a atividade de manutenção da soberania no espaço aéreo do território continental dos Estados Unidos.

²⁷⁴ O Continental U.S. NORAD Region (CONR) é o comando integrante da estrutura do NORAD responsável por exercer as atividades de vigilância, controle e manutenção da soberania do espaço aéreo referente à área continental dos Estados Unidos (CONUS).

CAPÍTULO 4

A MODELAGEM INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA LÍDER É COMPATÍVEL COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO?

Nesta altura do trabalho devemos perquirir se instituto da agência líder é de fato compatível com o sistema jurídico brasileiro utilizando as técnicas próprias do estudo do direito comparado.

O método comparativo é deveras importante para a evolução da ciência jurídica; constituindo uma ferramenta eficaz de aperfeiçoamento do direito nacional, por meio do aprendizado advindo do estudo do direito estrangeiro.

Com efeito, escolhemos especificamente o modelo da agência líder adotado nos Estados Unidos para análise comparativa, dentre outros motivos já apresentados, porque se trata de uma figura jurídica criada justamente como forma de superação dos efeitos colaterais da policentrismo do Estado regulador norte-americano.

A experiência do direito norte-americano com o modelo da agência líder, cujos precursores são da década de 60 do século passado, tem demonstrado ser exitosa, até mesmo porque, dentro de uma lógica de maximização da eficiência, o referido instituto jurídico passa por constantes aperfeiçoamentos normativos, mormente no setor ambiental.

Em outras palavras, consideramos estreme de dúvidas a adequação do modelo da agência líder ao sistema jurídico nacional, bem como sua real utilidade para o aperfeiçoamento do processo de licenciamento ambiental no Brasil.

Não obstante, para testar nosso entendimento, devemos submetê-lo a escrutínio com base em técnicas próprias do direito comparado

4.1 A importância do método do direito comparado para o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais

A primeira coisa a ser feita neste momento é definir e delimitar o que podemos considerar como sendo direito comparado, e quais seriam suas funções e métodos específicos.

Segundo Charles Boucaud:

“o direito comparado é o meio experimental de definir as relações de direito, observando e comparando as ideias, os costumes e as instituições jurídicas das sociedades humanas. Sua missão comparativa põe em relevo os fatores diferenciais e os fatores comuns das diversas culturas jurídicas, permitindo, então, chegar positivamente e indutivamente ao ‘direito natural’ que a razão natural da espécie humana, comum a todos os homens, pratica geralmente em todos os povos”.²⁷⁵

De acordo com o magistério de José Cretella Júnior, podemos conceber o direito comparado da seguinte forma:

“direito comparado não é ramo do direito, como poderia parecer, nem primeiro encontro com a expressão: é método. Direito comparado é método de exposição e de pesquisa, baseado no confronto entre fenômenos jurídicos que se passam entre coletividades diversas. Direito comparado é o método de investigação jurídica que confronta (a) institutos jurídicos, (b) ramos do direito, (c) direitos e (d), por fim, sistemas jurídicos. Eis o quádruplo objetivo do direito comparado”.²⁷⁶

O direito comparado possui três funções básicas dentro do campo da ciência jurídica. A primeira diz respeito à utilização potencial da experiência de todas as nações objetivando esclarecer os juristas acerca da função e a significação do direito. A segunda função de auxiliar na organização da sociedade internacional, sugerindo fórmulas para regulação das relações internacionais e ampliando as possibilidades de estabelecimento de acordos. A

²⁷⁵ BOUCAUD, Charles. Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé. In: Introduction à l'étude du droit compare. Org. Édouard Lambert, 1938, vol. I, p.301 apud CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo comparado. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.93.

²⁷⁶ Ibidem, p.14.

terceira e última função do direito comparado é permitir com base na análise comparativa aos juristas de diversas nações considerar o aperfeiçoamento de seu direito interno, na medida que possibilita perspectiva diversa da rotina de seu respectivo ordenamento jurídico doméstico.²⁷⁷

Dentro dos limites do que nos propusemos a fazer nesta dissertação, a função do direito comparado que nos interessa no momento é justamente essa última.

Com a análise comparativa da modelagem institucional do processo de avaliação ambiental dos Estados Unidos esperamos encontrar possibilidades de propor o aperfeiçoamento do nosso direito nacional.

Assim, com base no método comparativo, pretendemos fazer uso das experiências normativas do ordenamento jurídico norte-americano, trazendo para o Brasil novas ideias que possam inspirar a produção do direito no país, promovendo alterações não só legislativas, como também na doutrina e jurisprudência.

Segundo René David:

“não só legislador pode utilizar o direito comparado para aperfeiçoar o direito. Idêntica possibilidade está aberta à doutrina e à jurisprudência. A lei pode ter um caráter nacional; o direito jamais se identifica efetivamente com a lei. A ciência do direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional”.²⁷⁸

Com efeito, consideramos que a experiência do sistema jurídico norte-americano com seu processo de avaliação ambiental será de grande utilidade para o aperfeiçoamento do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil.

Tratando do método comparativo aplicado ao direito administrativo, Marcelo Caetano leciona que:

“Para comparar as instituições administrativas de dois ou mais países é preciso: 1º) partir do confronto dos respectivos sistemas administrativos; 2º) aprofundar-se no estudo das instituições, procurando descrevê-las tais como são na realidade sem ficar na aparência legislativa formal; 3º) investigar as razões históricas, políticas, econômicas e sociais que explicam a feição de

²⁷⁷ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho – 5ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.18.

²⁷⁸ Ibidem; p.8.

cada instituição em cada país; 4º) finalmente, estabelecer a comparação e tirar daí a lição útil”.²⁷⁹

4.2 O sistema jurídico da *common law* nos Estados Unidos

A quase totalidade dos países europeus continentais adota o chamado *civil law* ou *statute law system*, também conhecido como sistema jurídico romano-germânico, em razão da grande influência do direito romano em sua formação e da contribuição das universidades germânicas no seu desenvolvimento científico. O Brasil segue a tradição do sistema romano-germânico herdada de Portugal.

A Inglaterra, a despeito de ter sido dominada pelos romanos do século I ao V, sofreu pouca influência da tradição romanística na formação de suas instituições e do seu direito. Desenvolveu-se na Inglaterra entre os séculos XIII a XV o sistema jurídico denominado entre os povos de origem anglo-saxônica de *common law*, o qual pouco se assemelha aos sistemas de origem romano-germânica.²⁸⁰

A fonte primária do sistema jurídico do *common law* é o chamado precedente judiciário, que nada mais é do que o direito construído pelos juízes e tribunais no julgamento de casos concretos (*judge made law*). No Reino Unido, a atuação dos Tribunais Reais de Westminster foi essencial para o desenvolvimento do atual sistema jurídico inglês.²⁸¹

No *common law* a lei ocupa uma função secundária enquanto fonte do direito se comparada aos precedentes judiciais, “os acts ou statutes (leis) são apenas considerados como exceções em relação ao common law; os juízes interpretam-nos duma maneira restritiva respeitando mais a letra que o espírito”.²⁸²

Os costumes também ocupam importante papel como fonte do direito no sistema do *common law*. Os juízes e tribunais ingleses, com base no exame da vida da comunidade,

²⁷⁹ Caetano, Marcelo. Manual de direito administrativo. 6ª ed., 1963, p.40 apud CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo comparado. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp.77-78. Ainda segundo José Cretella Júnior, “o método comparativo traz grandes vantagens para o estudioso do direito administrativo, porque assinala os instrumentos que usa a Administração nos vários sistemas quando pretende incentivar o interesse público. Além do interesse científico em estabelecer os traços comuns dessemelhantes dos vários sistemas, o direito administrativo comparado oferece ao próprio administrador a possibilidade de conhecimento de novos modelos, utilizados por outros países, e que podem ser adaptados e empregados pela Administração de seu país” (Ibidem, p.78).

²⁸⁰ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

²⁸¹ Idem.

²⁸² Ibidem, p. 215

definiam as regras de conduta, especialmente nas áreas relativas aos delitos, à propriedade, aos contratos e à responsabilidade civil extracontratual.²⁸³

O imperialismo inglês acabou difundindo quase de forma generalizada entre os países colonizados ou dominados pelo Reino Unido o sistema jurídico do *common law*.

Os Estados Unidos mantiveram o sistema do *common law* mesmo após se tornarem independentes da Inglaterra, com exceção do Estado da Luisiana que conservou um sistema muito mais próximo da tradição romanista.

Vale ressaltar que nos dois séculos que se seguiram à separação da influência inglesa, “o direito americano rompeu com as formas obsoletas do *common law*; conheceu uma evolução mais rápida que a Inglaterra para a liberdade e a igualdade”²⁸⁴, em parte decorrente do respeito pelas constituições escritas e pelas leis, editadas tanto pela federação quanto pelos estados-membros.²⁸⁵

Por tais razões, a versão norte-americana do sistema da *common law* experimentou concepções diferentes para alguns institutos do sistema inglês. Concepções estas intimamente ligadas a indagações próprias da ciência econômica, como o eterno dilema da busca da eficiência na alocação de recursos escassos.

Nesse particular, Harold Demsetz com base em um estudo antropológico feito com grupos indígenas canadenses, considera que os direitos de propriedade privada surgem quando se torna vantajoso economicamente para aqueles afetados por externalidades internalizar custos ou benefícios, sejam elas, respectivamente, negativas ou positivas.²⁸⁶

²⁸³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed, 2010; p.76

²⁸⁴ GILISSEN, John; Introdução Histórica ao Direito Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 1988; p. 215

²⁸⁵ Não obstante, o sistema jurídico federalista norte-americano ainda tem pela frente o desafio da unificação, uma vez que cada um dos seus cinquenta Estados membros têm seu “direito próprio”. Nesse desiderato, a *Supreme Court* estadunidense tem papel fundamental na uniformização dos “Direitos dos Estados” e na harmonia do sistema jurídico federativo norte-americano.

²⁸⁶ Para ilustrar tal assertiva, Demsetz cita um estudo antropológico sobre o desenvolvimento de uma antiga tradição relativa a concessão de direitos de propriedade privada da terra entre os índios da Península do Labrador, no Canadá. O referido estudo comprovou que havia uma relação estreita, tanto sob o aspecto histórico quanto geográfico, entre a instituição de direitos à propriedade privada e o desenvolvimento do comércio de peles de animais naquele local. De acordo com o estudo a falta de controle sobre a caça excessiva prejudicava o desenvolvimento do mercado relativo ao comércio de peles na região. Para corrigir essa externalidade negativa (a caça excessiva de animais) foram estabelecidos por meio de acordos territórios de caça privados, criando incentivos para que os caçadores explorassem de forma eficiente seu respectivo território de caça. Isto porque, internalizados todos os custos e benefícios da caça dos animais, os caçadores passaram a se comportar de forma a conservar os recursos escassos (os animais), tendo em vista que isso era economicamente encorajador. Fato semelhante não ocorreu com os índios das planícies do sudoeste do Canadá. Primeiro porque até a chegada dos europeus não havia nas planícies do sudoeste animais de importância comercial comparável aos da Planície de Labrador, fazendo com que os custos de internalização (delimitação de territórios de caça privados) fossem maiores que os benefícios decorrentes da atribuição de direitos de propriedade. (cf. DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”. The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. May, 1967).

4.3 Pontos de convergência entre os sistemas da *common law* e da *civil law*

Na tentativa de encontrar uma resposta satisfatória para o questionamento relativo à compatibilidade do modelo da agência líder ao sistema jurídico brasileiro poderíamos inverter a lógica da pergunta, procedendo à análise de alguns argumentos rivais em relação à questão.

O primeiro argumento rival que poderíamos levantar seria o de que o modelo da agência líder não seria compatível com o sistema jurídico nacional tendo em vista que se trata de um instituto próprio do sistema da *common law*.

Nunca nos pareceu consistente a tese de que institutos próprios da *common law* não poderiam ser adotados em países regidos pelo sistema da *civil law*.

Ademais, acreditamos que atualmente haja inúmeros pontos de convergência entre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*.

Jaime Domingues Brito e Flávio Luis de Oliveira, em ensaio monográfico sobre o referido movimento de convergência dos sistemas da *common law* e da *civil law*, concluíram que:

“realmente tem havido aproximação entre os dois sistemas e que essa aproximação, como elemento que caracteriza verdadeira mudança de paradigmas, no caso brasileiro, poderá ensejar o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e o cumprimento dos princípios constitucionais de segurança jurídica, da isonomia e do acesso à justiça”.²⁸⁷

Para Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa:

“a proximidade e a necessidade de miscigenação entre as famílias da *common law* e da *civil law* levaram os juristas a contrapor a aparente simplicidade imperativa da *common law* ao paternalismo da *civil law*. Assim, no contexto complexo das relações entre um public judicial system e a private market solution, vai-se conformando a figura atual do contrato, tendo recebido, na esfera própria das relações comerciais internacionais, maior intervenção das exigências práticas de expansão do mercado global. Atestamos como inquestionável, nesse espaço, a predominância da marca de contratualização da *common law*, ou seja, a forma emancipatória de contratar advinda da *common law* e da *lex mercatoria* reflete uma certa prevalência do mercado (e do contrato, como instrumento básico de seu

²⁸⁷ BRITO, Jaime Domingues, OLIVEIRA, Flávio Luis. A convergência do sistema da *civil law* ao da *common law* e a concretização dos direitos. Disponível em: <intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/.../2405> Acesso em: 6 jan 2016.

tirocínio) no âmbito do comércio global”.²⁸⁸

Além das convergências dos sistemas da *common law* e da *civil law* no tocante ao direito processual civil e ao direito dos contratos, analisadas acima, temos outros pontos de aproximação que podem ser identificados, como, por exemplo, o processo de codificação do direito norte-americano.

A despeito do direito administrativo nos Estados Unidos tratar-se de um direito forjado pela jurisprudência dos tribunais²⁸⁹, com a maior complexidade decorrente do processo de “agencificação” norte-americano, tornou-se necessária a edição de alguns estatutos legais escritos, os quais passaram a fazer as vezes de leis gerais para o direito administrativo nos Estados Unidos.

Acresce que, diferentemente do direito administrativo brasileiro, o *administrative law* norte-americano possui estatutos legais que, em conjunto, poderiam ser considerados como um verdadeiro código da matéria. O mais importante desses estatutos legais é o *Administrative Procedural Act* (APA), de 1946, o qual constitui verdadeira lei geral de processo administrativo para o sistema jurídico norte-americano²⁹⁰.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, “o APA foi quase o nascimento de um símbolo, até então inexistente ou fraco; em suma, foi o marco da ‘era moderna do direito administrativo’ nos Estados Unidos”.²⁹¹

De acordo com o magistério de Marçal Justen Filho, o APA:

“veicula regras no âmbito processual, o que importa inúmeras questões acerca de Direito material. Mas cada agência é usualmente instituída através de lei específica, a qual fixa sua estrutura, os vínculos que manterá em face do Executivo e do Legislativo e os graus de sua autonomia. De todo modo, o APA contém um critério utilizáveis genericamente, ainda que sempre com a advertência de que se trata de definição destinada apenas a delimitar a aplicação daquele diploma”.²⁹²

²⁸⁸ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Os sistemas de common-law e de civil-law na determinação do perfil atual dos contratos. Influências recíprocas ou dominação? 2006. Disponível em: <periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/download/14857/8412> Acesso em: 7 jan 2016.

²⁸⁹ De forma não muito diferente, o direito administrativo brasileiro, de incontestável inspiração francesa, pode ser considerado, em sua origem, como um produto das decisões do *Conseil d'Etat* (Conselho de Estado).

²⁹⁰ Segundo Kathryn E. Kovacs, “the Administrative Procedure Act of 1946 (APA or the “Act”) is one of the most important statutes in the United States Code” (KOVACS, Kathryn E. Superstatute Theory and administrative common law. Indiana Law Journal. Vol. 90, Iss.3, article 8, Summer 2015). Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11161&context=ilj>> Acesso em: 8 jan 2016).

²⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012, p.298.

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p.61

O *US. Code* e o *Code of Federal Regulations*²⁹³ também constituem estatutos legais que compõem o direito administrativo norte-americano.

A atividade de codificação do direito positivo nos Estados Unidos tem sido realizada pelo Escritório do Conselho de Revisão da Leis. O referido processo de codificação do direito positivo norte-americano consiste na elaboração e promulgação de códigos com o objetivo de consolidar a legislação esparsa em “Códigos dos Estados Unidos”. Nesse processo há a atualização da legislação, em conformidade com a política, a intenção e os propósitos do Congresso americano nas versões originais; a estrutura organizacional da lei é melhorada, sendo eliminadas disposições obsoletas e inconsistentes, esclarecidas disposições ambíguas, e corrigidos erros técnicos na elaboração.

No mais, um outro fator que acreditamos ser mais um ponto de convergência entre os sistemas da *common law* e da *civil law* nos próximos anos é a consensualidade na Administração. Sem sombra de dúvida, a consensualidade é atualmente um dos mais importantes instrumentos de legitimação das decisões da Administração pública.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).”²⁹⁴

A nosso ver, a consensualidade tem potencial, inclusive, para servir de limitador à discricionariedade administrativa, tornando mais objetivas, legítimas, e menos questionáveis as decisões dos agentes da Administração pública.

Em suma, consideramos que não se apresenta nenhum obstáculo *per se* na importação de um instituto originário do sistema da *common law*, que é o caso do modelo da agência líder, para um ordenamento de origem romanística (*civil law*), como o brasileiro.

²⁹³ O *Code of Federal Regulations* (CFR) é a consolidação das regras gerais e permanentes dos departamentos e agências do Governo Federal, editada anualmente. Disponível em: <www.ecfr.gov>.

²⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.

4.4 Aspectos do desenvolvimento do direito administrativo norte-americano

Conquistada a independência no século XVIII, mas ainda sob a inspiração do sistema da *common law* inglesa, não havia muito espaço no ordenamento jurídico norte-americano para a concepção de um direito específico e derogatório do direito privado para regular as relações entre o Estado e os cidadãos. A lógica do *common law* não comportava um regramento que viesse a estabelecer uma posição de supremacia do Estado em relação aos particulares.

Nesse particular, Marçal Justen Filho leciona que:

“O sistema britânico da *common law* foi implantado nas Colônias norte-americanas, o que significou a adoção de toda a sistemática de limitação de poderes dos servidores estatais e de controle de seus atos através de medidas judiciais. Deve-se ter em vista que a relevância da disciplina jurídica acerca da atuação administrativa do Estado é diretamente proporcional à extensão da competência estatal. Isso permite compreender, então, que o Direito Administrativo, nos primórdios do novo país, apresentava características muito diversas daquelas que foram sendo agregadas ao longo do tempo, especialmente durante o século XX”.²⁹⁵

Ocorre que, já no século XIX, com a interiorização em direção à Região Oeste do país, a imigração e o desenvolvimento econômico decorrente da implementação de novas técnicas de produção e transporte, as relações jurídico-econômicas tornaram-se mais complexas e diversificadas.

A expansão das ferrovias por seu território permitiu aos Estados Unidos promover um impressionando desenvolvimento socioeconômico naquele momento.²⁹⁶

Nesse ínterim, após algumas experiências precursoras com o modelo de agência, principalmente em âmbito estadual, foi criada em 1887 a *Intertate Commerce Comissions* (ICC), para regular as atividades relacionadas ao transporte ferroviário interestadual.

A despeito de alguma divergência, a ICC é considerada a primeira agência reguladora federal independente. Em 1889, o Congresso norte-americano atribui autonomia

²⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p.71

²⁹⁶ Segundo McKraw, “as ferrovias influenciaram a sociedade americana no final do século dezenove do modo como apenas a televisão o fez no final do século vinte – ou a Igreja Católica Romana tinha influenciado a vida na Europa medieval” (McKraw. *Prophets of regulation*, p.4, *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p.73)

administrativa, de pessoal e orçamentária à ICC, bem como eliminou a possibilidade de demissão *ad nutum* de seus membros.²⁹⁷

Assim, o direito administrativo nos Estados Unidos desenvolveu-se junto com o novo modelo de agências reguladoras.

O processo de “agencificação” norte-americano pode ser didaticamente dividido da seguinte forma: a) primeira onda regulatória, de índole exclusivamente econômica, dirigida à correção das chamadas falhas de mercado, como as deficiências na concorrência, externalidades, bens públicos e assimetria de informações; e b) segunda onda regulatória, de índole social, dirigida à promoção de intervenção estatal para alcançar objetivos de interesse comum, como, *verbi gratia*, redistribuição de renda e a promoção do consumo obrigatório de certos serviços.

A primeira onda ocorreu após a crise de 1929, durante a implementação do *New Deal*²⁹⁸, nas décadas de 1930 e 1940, período em que “foram criadas inúmeras agências federais para atuar nos mais variados e diversos setores da vida econômica norte-americana”²⁹⁹.

A segunda onda, por sua vez, ocorreu nos anos 60 e 70, quando “foram instituídas inúmeras agências relacionadas com a proteção dos consumidores e a defesa do meio ambiente, além de afirmar-se a tutela e proteção aos trabalhadores”.³⁰⁰

Sobre esse momento de evolução do modelo de agência nos Estados Unidos (a segunda onda), Marçal Justen Filho leciona que:

“No período, foram criadas por volta de 30 agências. Sua competência abrangia principalmente questões relacionadas ao meio ambiente, à saúde, à segurança do trabalho, e aos direitos civis. Essas novas agências foram modeladas segundo princípios distintos daqueles que tinham orientado a criação das primeiras comissões, inclusive com a consagração da participação ampla da comunidade. (...) As novas agências tinham delimitado, desde logo o fim a realizar. Não buscavam assegurar a livre concorrência, mas adotar providências destinadas a, por exemplo, ampliar a segurar a segurança do consumidor na utilização de produtos industriais.

²⁹⁷ Ibidem, p.76

²⁹⁸ Segundo Marçal Justen Filho, “o *New Deal* externou-se em uma alteração radical das concepções políticas, sócias e econômicas, sendo usualmente reconhecido como um divisor de águas nas concepções acerca das funções governamentais nos EUA. Chegou-se a aludir ao período como uma ‘época constitucional’, tendo em vista as inovações (sem modificação no texto escrito da Constituição) produzidas a propósito. Uma alteração fundamental envolveu a ‘ideologia’ da common law. Sob um prisma, reputou-se que a tutela a autonomia privada, privilegiando propriedade privada e a contratação ente particulares, representava um excesso. Sob outro ângulo, entendeu-se que a sistemática da common law era omissa na proteção de direitos sociais e uma pluralidade de interesses privados que, no enfoque continental, seriam posteriormente identificados como difusos e coletivos” (JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p.78)

²⁹⁹ Ibidem, p.71.

³⁰⁰ Idem.

Dentre as agências criadas neste período podem ser indicadas a *National Highway Traffic Safety Administration* – NHTSA (1966), *Occupational Safety and Health Administration* – OSHA (1970) e a *Environmental Protection Agency* – EPA (1970)”.

Segundo Osborne e Gaebler, durante os anos 70 ocorreram inúmeras reformas administrativas, as quais, todavia, não se encontravam centralizadas e nem surgiram de iniciativas do governo federal, e sim das administrações locais e estaduais³⁰¹.

A partir do início da década de 80, já durante a administração do presidente Ronald Reagan, a exemplo do que ocorreu no Reino Unido na gestão da primeira-ministra Margareth Thatcher, foram implementadas mudanças nos rumos da economia e na estrutura do Administração, baseadas nas diretrizes da chamada doutrina neoliberal.

Na sequência, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira:

“Foi em 1992 que se estabeleceu a meta de reformar a administração pública federal norte-americana por critérios gerenciais, quando um político democrata - o Presidente Clinton - transformou a idéia de “reinventar o governo” em programa de governo: a National Performance Review (Revisão do Desempenho Nacional)³⁰²”.

As referidas alterações da estrutura da Administração norte-americana fizeram evoluir também o seu direito administrativo. As alterações normativas decorrentes do necessário aperfeiçoamento dos modelos institucionais existentes, na busca da eficiência e de resultados concretos tornaram-se mais frequentes.

Como acompanhar tais modificações legislativas tornou-se uma tarefa mais complexa, foi criado o *Code of Federal Regulations (CFR)*, com vistas a consolidar em um único documento as regras gerais e setoriais em vigor dos departamentos e agências do governo federal, o qual é editado anualmente e disponibilizado pela Internet no site www.ecfr.gov.³⁰³

Nesse cenário de evolução produz novas mudanças para o direito administrativo norte-americano.

³⁰¹ Apud PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e Administração Pública gerencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/7562Cached.pdf>>. Acesso em 13 dez 2015.

³⁰² Idem.

³⁰³ O *Code of Regulation* é deveras útil ao comparatista que busca ter contato com o direito (das agências) positivo norte-americano.

Nos últimos anos, vários juízes da Corte de Apelação do Circuito do Distrito de Columbia, a mais importante Corte regulatória dos Estados Unidos, têm dado início ao movimento jurisprudencial chamado *libertarian administrative law*, ou direito administrativo libertário.³⁰⁴

O direito administrativo libertário foi concebido na forma de uma série de doutrinas jurisdicionais dirigidas à proteção privada da intromissão do ordenamento regulatório nacional. Essas doutrinas envolvem: o princípio da não delegação, a proteção do discurso comercial, e o estabelecimento de regras de interpretação de procedimentos governamentais de revisão e manutenção da arbitrariedade.³⁰⁵

De modo geral, o direito administrativo libertário encontra paralelo no direito administrativo progressista, criados por um grupo de juízes e tribunais nos anos 70 do século passado, mas que foi rejeitado por unanimidade pela Suprema Corte, no julgamento do caso *Vermont vs. Yankee*.³⁰⁶

O referido movimento tem produzido também um recente renascimento do debate nos Estados Unidos acerca da natureza das normas constitucionais. Atrelado a esse tema encontra-se o esforço da academia para atribuir nova interpretação à Cláusula de Comercio, baseada no entendimento de que a Constituição norte-americana possui uma validade libertária distintiva, as vezes capturada na concepção do liberalismo clássico.³⁰⁷

4.5 A agência líder sob as perspectivas do princípio da coerência e da reflexividade administrativa

O princípio da coerência apresenta mais de uma faceta. Pode significar para a Administração e para o administrador o “dever de coerência ao decidir”, que impede o tratamento diferenciado para questões idênticas, bem como o “dever de coerência no comportamento”, que assegura que as decisões sejam tomadas conforme a previsibilidade do comportamento anterior da Administração, evitando-se com isso decisões contraditórias. Os

³⁰⁴ SUNSTEIN, C. R., & VERMEULE, A. *Libertarian Administrative Law*. The University of Chicago Law Review, vol.82, nº 1, 2015, pp. 393–473. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/43234699>> Acesso em: 7 jan 2016.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ Idem.

referidos deveres decorrentes dos princípios da igualdade e boa-fé encontram-se abarcados pela teoria das autolimitações administrativas.³⁰⁸

Segundo Alexandre Santos Aragão:

“é assim que os princípios da coerência, da unidade e da coordenação administrativa consubstanciam, não apenas mecanismos de proteção dos administrados contra iniquidades e contradições administrativas, como também instrumentos de tutela da eficiência e da higidez do próprio sistema administrativo. Na doutrina espanhola ‘a coordenação é definida como a realização efetiva do princípio da unidade, combinado com a divisão de competências, que tem como pressuposto a economia, celeridade e eficiência da atuação administrativa. De forma semelhante, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol já se manifestou no sentido de que ‘a coordenação persegue a integração da diversidade das partes ou subsistemas no conjunto do sistema, evitando contradições e reduzindo disfunções que, se existentes, respectivamente impediriam ou dificultariam a realidade do sistema’”.³⁰⁹

Especificamente sobre o ponto que nos interessa neste estudo, a contradição entre órgãos, Alexandre Santos Aragão ressalta que:

“a doutrina das autolimitações administrativas deve ser aplicada mesmo quando se esteja diante de órgãos administrativos distintos, desde que integrantes da mesma Administração Pública, já que é essa a pessoa jurídica de quem o dever de coerência é exigido. A compartimentação das atividades da Administração não constitui justificativa para que se possa impingir aos administrados de cisões de teor contraditório”.

A chamada reflexividade administrativa foi pensada com uma forma de minimização da insegurança da atual sociedade dos riscos. De acordo com a reflexividade administrativa o Estado ter uma atuação proativa, antecipando-se aos complexos desafios do mundo de hoje.³¹⁰

Essa atuação proativa do estado deve estar pautada na permanente interlocução com a sociedade, por meio do fomento à participação popular no planejamento e implementação de políticas públicas.

Sergio Guerra, considerando que “a hipercomplexidade da sociedade contemporânea a impede de ser regulada apenas por categorias normativas tradicionais cunhadas no liberalismo

³⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 14 – maio-junho-julho – Salvador. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 11 jan 2016.

³⁰⁹ Ibidem, pp.10-11.

³¹⁰ BECK; GIDDENS; LASH. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. (tradução Magda Lopes). São Paulo: Unesp, 1997.

e no intervencionismo”³¹¹, propôs uma nova fórmula para embasar as escolhas administrativas direcionadas à atividade regulatória do Estado. Para teorizar a referida propostas de uma nova fórmula para as escolhas da Administração, o citado autor apresenta a seguinte estrutura para a reflexividade administrativa:

- “(i) a reflexividade corresponde à fórmula que dá base à atuação da entidades descentralizadas e independentes da Administração Pública na regulação de atividades econômicas e sociais (escolha regulatória), que surge quando sua atividade está autorizada de modo geral e abstrato, em lei;
- (ii) a reflexividade não se sustenta na oportunidade e conveniência de agir do administrador público – deve se basear na situação concreta em si mesma, de maneira cíclica, prospectiva, para a estabilizar o subsistema e minimizar a insegurança jurídica;
- (iii) por meio da reflexividade deve-se buscar a prevenção de riscos sistêmicos que possam comprometer os direitos dos envolvidos e, prospectivamente, o equilíbrio do subsistema regulado;
- (iv) a fórmula da reflexividade administrativa deve servir de base para a busca e concretização da mediação dos interesses ambivalentes identificados pela Administração Pública, por agentes regulados (e seus representantes) e pela sociedade em geral, priorizando-se a participação dos interessados na decisão final;
- (v) mediante a reflexividade administrativa, as experiências técnicas e científicas, as práticas inovadoras e pesquisas, os dados empíricos e estudos que trabalhem com custos e benefícios devem ser permanentemente acompanhados, avaliados, apropriados, renovados e disponibilizados pelo ente regulador com vistas ao estabelecimento de certa ‘previsibilidade do curso dos acontecimentos’;
- (vi) o regulador, sempre que comprova a necessidade de reequilíbrio do subsistema regulado (ou autorregulado) de acordo com as informações colhidas, disponibilizadas e debatidas com a sociedade e, notadamente, com os afetados pela escolha – por meio da permeabilidade das fronteiras dos sistemas jurídico, econômico e social -, deverá promover os ajustamentos devidos, correspondendo esta conformação ao mérito da escolha regulatória”.

³¹²

Destarte, concluímos que, indubitavelmente, o instituto norte-americano da agência líder está em consonância com o princípio da coerência e a com a fórmula da reflexividade administrativa para as escolhas regulatórias da Administração.

³¹¹ GUERRA, Sergio. Discricionariade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013, p.193.

³¹² Ibidem, pp.198-199.

4.6 Setores onde já existem arranjos institucionais no Brasil semelhantes ao da agência líder norte-americana

Conforme poderemos constatar o instituto da agência líder não é totalmente estranho ao sistema jurídico brasileiro; ainda que provavelmente ninguém tenha se dado conta disso.

Com efeito, existem arranjos institucionais que apresentam aspectos do modelo da agência líder no país, como os exemplos do setor portuário e de defesa nacional, representados, respectivamente, pelas modelagens institucionais da Secretaria dos Portos da Presidência da República, pelo Estado Maior Conjunto das Forças Armadas (EMCFA), pelo Sistema Nacional de Mobilização (SINAMOB) e pela Autoridade Pública Olímpica (APO).

Conforma já ressaltamos anteriormente, o modelo da agência líder é uma moldura jurídica que varia conforme as necessidades de sua aplicação.

Com efeito, nenhum dos referidos arranjos institucionais a rigor seria considerado como uma típica *lead agency*, nos moldes do sistema jurídico norte-americano. Entretanto, todos possuem características que os tornam semelhantes ao modelo da agência líder, sendo, portanto, dignos de nota no âmbito de uma análise de direito comparado como a presente.

Nos tópicos seguintes passaremos à análise individualizada de cada um dos referidos arranjos jurídico-institucionais.

4.6.1 A Secretaria de Portos da Presidência da República e o modelo de coordenação dos portos e instalações portuárias

Conforme preceituado pelo artigo 21, inciso XII, alíneas ‘d’ e ‘f’, da Lei Fundamental, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, bem como os portos marítimos, fluviais e lacustres.

A Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, que trata da exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores

portuários, conferiu à Secretária de Portos da Presidência da República atribuições próximas a de uma agência líder.

De acordo com o referido diploma legal caberá a Secretaria de Portos coordenar a atuação integrada dos órgãos e entidades públicos nos portos organizados e instalações portuárias, com a finalidade de garantir a eficiência e a qualidade de suas atividades, conforme regulamentação infralegal.³¹³

Ocorre que, o Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, editado com o desiderato específico de regulamentar as disposições da Lei nº 12.815/2013, não trouxe nenhum detalhamento ou explicitação em relação a essa questão, não tendo sequer reproduzido o texto dessa última. Sem tal regulamentação não há como ter certeza da verdadeira índole dessa “coordenação” a ser exercida pela Secretaria dos Portos da Presidência da República em relação à “atuação integrada dos órgãos e entidades públicos nos portos organizados e instalações portuárias, com a finalidade de garantir a eficiência e a qualidade de suas atividades”.

Não obstante, não há como deixar de reconhecer algum aspecto de agência líder na competência atribuída à Secretaria de Portos *ex vi* do referido dispositivo legal. A uma porque os esses órgãos ou entidades nos portos organizados possuem competência específicas relativas ao setor, sem estarem subordinados hierarquicamente à Secretaria de Portos; e a duas porque a previsão a um procedimento de atuação “integrada” daqueles mesmos órgãos e entidades públicas indica o objetivo da criação de um ambiente de cooperação interadministrativa.

4.6.2 O Estado Maior Conjunto das Forças Armadas e a Operação Ágata

Os exercícios e operações que envolvem a participação integrada de militares das três Forças singulares são coordenados pelo Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas (EMCFA), o qual é responsável pelo planejamento estratégico e o emprego conjunto de efetivos das forças naval, terrestre e aérea brasileiras.³¹⁴

³¹³ Mp nº 595/2012: “Art. 22. A Secretaria de Portos da Presidência da República coordenará a atuação integrada dos órgãos e entidades públicos nos portos organizados e instalações portuárias, com a finalidade de garantir a eficiência e a qualidade de suas atividades, nos termos do regulamento”. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>.

³¹⁴ Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas. Disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/exercicios-e-operacoes>> Acesso em 18 nov 2015.

Sob planejamento e coordenação do EMCFA efetivos da Marinha, do Exército e da Força Aérea atuam de forma integrada em operações militares de grande envergadura, conjugando esforços em torno de estratégias e objetivos para que as tropas procedam de forma flexível, versátil e com grande mobilidade.³¹⁵

Ações navais, terrestres e aéreas são sincronizadas a partir de um comando operacional único, responsável pela coordenação das ações e o aperfeiçoamento da interoperabilidade, evitando a duplicação de esforços e favorecendo a redução de perdas. Para cumprir a missão estabelecida, efetivos das Forças Singulares atuam de modo a facilitar o intercâmbio de informações e serviços, bem como a racionalização no emprego de equipamentos e homens.³¹⁶

São exemplos de operações militares conjuntas as destinadas a garantir a segurança de grandes eventos e a Operação Ágata, de combate a ilícitos nas fronteiras brasileiras. Nessas ações, a sinergia entre os militares das três Forças Singulares é orientada pela Doutrina de Operações Conjuntas, que integra os processos de emprego e as peculiaridades técnicas de cada Comando Militar.³¹⁷

A Operação Ágata consiste em uma ação de grande escala com o objetivo de fortalecer a segurança dos quase 17 mil quilômetros de fronteiras terrestres do Brasil, conforme o Plano Estratégico de Fronteiras (PEF), criado para prevenir e reprimir a ação de criminosos na divisa do Brasil com dez países sul-americanos.³¹⁸

Ao longo da operação, militares da Marinha, do Exército e da Força Aérea Brasileira realizam missões táticas destinadas a coibir delitos como narcotráfico, contrabando e descaminho, tráfico de armas e munições, crimes ambientais, imigração e garimpo ilegais. As ações abrangem desde a vigilância do espaço aéreo até operações de patrulha e inspeção nos principais rios e estradas que dão acesso ao país.³¹⁹

O planejamento da operação e a mobilização são feitos de forma integrada, com articulação contínua entre militares das Forças Armadas e agentes de segurança pública nos níveis federal, estadual e municipal.

A referida operação envolve a participação de vários órgãos e entidades governamentais, como, por exemplo, a Polícia Federal (PF), a Polícia Rodoviária Federal (PRF), a Força Nacional de Segurança Pública, a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN),

³¹⁵ Idem.

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ Operação Ágata. Disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/index.php/exercicios-e-operacoes/operacoes-conjunta-1/operacao-agata>> Acesso em 18 nov 2015.

³¹⁹ Idem.

o Ibama, a Funai, a Receita Federal e os órgãos de segurança pública dos estados das regiões de fronteira; estando todos sob a coordenação e orientação do EMCFA.³²⁰

Destarte, a posição e as atribuições desempenhadas pelo EMCFA, na convocação e coordenação de treinamentos e operações, onde atuam em cooperação as Forças Armadas e inúmeros órgãos civis do poder público, como ocorre na execução da Operação Ágata, atribui àquele comando militar conjunto características muito próximas às das agências líderes do setor de defesa nacional norte-americano.³²¹

4.6.3 O Sistema Nacional de Mobilização (SINAMOB)

De acordo com disposto no inciso XIX do caput do artigo 84 da CRFB, constitui competência privativamente do Presidente da República: “declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

Conforme disposto no inciso XXVIII do artigo 22 da CRFB: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional”.

A Lei nº 11.631, editada em 27 de dezembro de 2007 com vistas a regulamentar os referidos dispositivos constitucionais, definiu conceitos ligados à mobilização nacional e criou o Sistema Nacional de Mobilização (SINAMOB). Posteriormente foi publicado o Decreto nº 6.592, de 2 de outubro de 2008, com fundamento no o artigo 84, inciso IV, da CRFB, objetivando explicitar as disposições da Lei nº 11.631/2007.

Considera-se Mobilização Nacional o conjunto de atividades planejadas, orientadas e empreendidas pelo Estado, complementando a Logística Nacional, destinadas a capacitar o País a realizar ações estratégicas, no campo da Defesa Nacional, diante de agressão

320 Idem.

321 Sobre a doutrina aplicável ao Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas dos Estados Unidos (*Joint Chiefs of Staff*) em operações de defesa pátria, estabelecendo a interoperabilidade, a cooperação e a coordenação interinstitucionais com outros departamentos e agências do governo, inclusive em operações multinacionais, baseada no instituto da agência líder, recomendamos ver *Homeland Defense. Joint Publication 3-27, 29 July 2013*. Em relação à necessidade da aplicação da lógica da cooperação interinstitucional nas operações militares de defesa nos Estados Unidos, o General Richard B. Myers (USAF), Chefe do Estado Maior das Forças Armadas dos Estados Unidos, em 10 de março de 2004, durante as conversações com lideranças civis e militares brasileiras declarou que: “Normalmente, quando eu falo sobre o terrorismo é fácil supor que a guerra contra o terrorismo é uma coisa militar. Não é de todo. Exige a atenção e ação de todos (os instrumentos) do poder nacional”. (Fonte: <http://www.dtic.mil/doctrine/new_pubs. Acesso em: 10 dez 2015).

estrangeira. A execução da Mobilização Nacional tem por objetivo o emprego de recursos existentes nas estruturas pública e privada, necessários ao esforço de Defesa Nacional.

O SINAMOB consiste no conjunto de órgãos que atuam de modo ordenado e integrado, a fim de planejar e realizar todas as fases da Mobilização e da Desmobilização Nacionais, estruturando-se sob a forma de direções setoriais que responderão pelas necessidades da Mobilização Nacional nas áreas política, econômica, social, psicológica, de segurança e inteligência, de defesa civil, científico-tecnológica e militar.

O sistema é composto pelos seguintes órgãos: Ministério da Defesa; Ministério da Justiça; Ministério das Relações Exteriores; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Ciência e Tecnologia; Ministério da Fazenda; Ministério da Integração Nacional; Casa Civil da Presidência da República; Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; e Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República.

A legislação que criou o SINAMOB prevê medidas emergenciais para aparelhar o sistema de defesa do país em possíveis situações de desastres naturais e de agressões externas.

O SINAMOB deve assegurar a integração das capacidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, possibilitando a orientação e a coordenação com o máximo de eficiência, estimulando o fluxo de informações entre os órgãos dele integrantes. Para tanto estrutura-se sob a forma de direções setoriais que responderão pelas necessidades da Mobilização Nacional nas áreas política, econômica, social, psicológica, segurança e inteligência, defesa civil, científico-tecnológica e militar.³²²

Constituem princípios do sistema: a) permanência: desenvolvimento das atividades de Mobilização Nacional em sequência lógica e perene; b) flexibilidade: adaptação às mudanças e às situações decorrentes do dinamismo da conjuntura; c) economia: busca da eficácia no emprego dos recursos; d) fomento ao desenvolvimento nacional: contribuição com o planejamento integrado no emprego dos recursos da forma mais adequada; e) coordenação: conjugação harmônica dos elementos que integram a estrutura da Mobilização Nacional; f) controle: acompanhamento do desenvolvimento das atividades de Mobilização Nacional, nas fases do preparo e da execução, bem como a avaliação dos resultados; g) oportunidade: adequação da realização das ações planejadas ao momento exato; h) prioridade:

³²² Mobilização Nacional. Disponível em <<http://www.defesa.gov.br/mobilizacao-nacional>> Acesso em 20 dez 2015.

escalonamento por ordem de importância das atividades de Mobilização Nacional; e i) cooperação: integração e sinergia das ações.

O SINAMOB é responsável por normatizar as ações dos diversos órgãos que o integram, tendo como base a Política de Mobilização Nacional, que estabelece os objetivos e ações com o propósito de orientar o planejamento da Mobilização Nacional; as Diretrizes Governamentais de Mobilização Nacional, que estabelecem a orientação sobre como será conduzida a Mobilização Nacional, determinando as estratégias necessárias à consecução dos objetivos estabelecidos na Política de Mobilização Nacional; e o Plano Nacional de Mobilização, que contém as ações e metas destinadas ao atendimento de cada uma das necessidades de Mobilização Nacional, estabelecidas na Estratégia Militar de Defesa.

O órgão central do SINAMOB é o Ministério da Defesa, ao qual compete: orientar, supervisionar e conduzir as atividades dos órgãos que compõem o sistema.

As referidas atribuições conferidas ao Ministério da Defesa no âmbito do SINAMOB também possuem características próximas ao modelo da agência líder.

As ações governamentais, durante o preparo devem estimular o desenvolvimento da infraestrutura nacional e incentivar a pesquisa e a inovação em setores que também atendam aos interesses da Defesa Nacional.

A execução da Mobilização Nacional terá início em ato do Presidente da República, de acordo com o artigo 84, inciso XIX, da CRFB, o qual deverá fixar: o âmbito; os objetivos; o início da vigência; a especificação do espaço geográfico do território nacional; as condições de convocação dos entes federados; as condições de convocação de cidadãos; a requisição e a utilização de bens e serviços, respeitada a legislação específica; a intervenção nos fatores de produção pública e privada, de acordo com a legislação específica; e a reorientação da produção, da comercialização, da distribuição e consumo de bens e da utilização de serviços.

Os recursos financeiros necessários ao preparo da Mobilização Nacional serão consignados nos orçamentos dos órgãos integrantes do SINAMOB, respeitada a característica orçamentária de cada um deles.³²³

A Desmobilização Nacional consiste no conjunto de atividades planejadas, orientadas e empreendidas pelo Estado, com vistas no retorno gradativo do País à situação de normalidade, quando cessados ou reduzidos os motivos determinantes da execução da medida.

³²³ Fonte: <<http://www.defesa.gov.br/index.php/mobilizacao-nacional/sistema-nacional-de-mobilizacao-sinamob>> Acesso em 18 nov 2015.

A Desmobilização Nacional subdivide-se em duas fases: a do preparo e a da execução. A fase do preparo é planejada de modo contínuo, metódico e permanente, consoante às normas da fase de preparo da Mobilização Nacional, desde a situação de normalidade. A fase da execução consiste na implementação do Plano Nacional de Desmobilização, elaborado durante a fase do preparo da Mobilização Nacional. Para cada Plano Nacional de Mobilização será elaborado, simultaneamente, o correspondente Plano Nacional de Desmobilização.³²⁴

Durante o retorno gradual à situação de normalidade, atos normativos regularão as medidas de garantias ainda não contempladas em legislação.

4.6.4 A Autoridade Pública Olímpica (APO)

A Autoridade Pública Olímpica (APO) é um consórcio público interfederativo, constituído por um Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, e posteriormente ratificado pelas Lei Federal nº 12.396, de 21 de março de 2011, pela Lei Estadual/RJ nº 5.949, de 13 de abril de 2011 e pela Lei Municipal/RJ nº 5.260, de 13 de abril de 2011. A APO assumiu a forma de associação pública, possuindo natureza jurídica de autarquia em regime especial, integrando a administração indireta de cada um dos entes consorciados.

A APO tem como principal objetivo coordenar a participação da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro na preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, especialmente para assegurar o cumprimento das obrigações por eles assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional (COI).

De acordo com a cláusula quarta do referido Protocolo de Intenções, compete à APO, dentre outras, as seguintes atribuições: a) a coordenação de ações governamentais para o planejamento e entrega das obras e serviços necessários à realização dos Jogos, incluindo a representação dos entes consorciados perante órgãos ou entidades da administração, direta ou indireta, e outros entes da Federação nos assuntos pertinentes ao seu objeto; b) o monitoramento da execução das obras e serviços referentes aos Projetos Olímpicos; c) a consolidação do planejamento integrado das obras e serviços necessários aos Jogos, incluindo os cronogramas físico e financeiro e as fontes de financiamento; d) o relacionamento, em

³²⁴ Idem.

conjunto com os próprios entes consorciados, com o Comitê RIO 2016 e demais entidades esportivas, nacionais e internacionais, responsáveis por modalidades olímpicas e paraolímpicas nos assuntos relacionados à organização e realização dos Jogos; e) a interlocução, nos casos de impasses relacionados à execução de obras, com órgãos de controle, de licenciamento ambiental e demais órgãos envolvidos.

Com efeito, as referidas atribuições de coordenação previstas no referido Protocolo de Intenções também conferem à APO características muito próximas ao modelo da agência líder.

Não obstante, talvez na prática a APO não tenha conseguido cumprir exatamente o seu papel de “quase agência líder”, consistente em coordenar os trabalhos dos membros do consórcio interfederativo na realização dos preparativos para as Olimpíadas de 2016.³²⁵ Tal situação pode estar ocorrendo por conta do desconhecimento dos membros do consórcio, e da própria APO, da importância das atribuições de coordenação que esta deveria exercer.

4.7 As vantagens comparativas da adoção do instituto da agência líder no Brasil

Conforme já mencionado em tópico anterior, uma das mais importantes funções do direito comparado é permitir aos juristas de diversas nações buscar o aperfeiçoamento de seu direito interno, com base na análise comparativa e experiências dos sistemas jurídicos estrangeiros.

Segundo Bruce Ackerman “modelos construídos a partir de experiências nacionais particulares têm sua utilidade”.³²⁶

Com a análise comparativa da modelagem institucional do processo de avaliação ambiental dos Estados Unidos esperamos encontrar possibilidades de propor o aperfeiçoamento do nosso direito nacional.

Nesse desiderato, seriam muitas as vantagens advindas da adoção do modelo cooperativo interagências e da instituição da figura da agência líder no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil.

³²⁵ Ao que parece a APO tem sofrido críticas da imprensa e de setores políticos, algumas vindas dos próprios membros do consórcio. Vide: Eduardo Paes critica governo Dilma: "Só marketing não resolve": Prefeito do Rio de Janeiro defende a alternância de poder e aposta que a Olimpíada vai projetar a imagem de um Brasil eficiente, sério e honesto. Notícia veiculada em 30/03/2015 às 15:38. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/so-marketing-nao-resolve/> Acesso em: 11 jan 2016.

³²⁶ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Revista de Direito Administrativo - RDA nº 265 - Rio de Janeiro, Ed. FGV: jan/abr 2014, p 14.

Para o direito administrativo brasileiro a ideia de utilizar o método do consenso na tomada de decisão para a prática de um ato administrativo não é uma abordagem usual.

Com efeito, a nova modelagem institucional do Estado Regulador no Brasil reclama modelos mais eficientes de licenciamento ambiental para os mais diversos tipos de empreendimentos públicos e privados. O modelo atual de licenciamento, caracterizado pela falta de coordenação entre as agências e órgãos governamentais com igual competência para se manifestar, se dá em detrimento da eficiência administrativa, e acarreta inevitáveis atrasos e indefinições na conclusão do processo, mormente no que concerne aos empreendimentos de infraestrutura de grande porte, como a construção e operação de usinas hidrelétricas, redes de transmissão, portos, aeroportos, rodovias, etc.

Como já vimos anteriormente, essa falta de coordenação entre os diversos atores envolvidos no processo importa em prejuízos não só para o empreendedor, como também para o desenvolvimento econômico do país e o bem-estar da população.

Tratando da questão da captação de investimentos relacionada aos empreendimentos de infraestrutura do setor elétrico, Joisa Campanher Dutra afirma que:

“a experiência recente na indústria de eletricidade em nível mundial sugere que a regulação de infraestrutura tem um efeito importante e significativo no comportamento dos investimentos. Registra-se ainda um interesse crescente, não apenas no tocante a regulação de incentivos, que busca promover eficiência na alocação, mas também em relação à sua interação com o conceito de eficiência dinâmica, que motiva preocupações com investimentos em setores regulados”.³²⁷

4.7.1 O referencial teórico da análise comparativa: a racionalidade econômica

O referencial teórico para análise comparativa entre os modelos brasileiro e o norte-americano é a racionalidade econômica, a partir do qual é possível mensurar inúmeras vantagens na adoção do arranjo de governança institucional norte-americano.

Com efeito, pela aplicação do referencial teórico da racionalidade econômica pretendemos demonstrar a importância da redução dos custos de transação em decorrência da adoção do modelo de governança institucional centrado na figura da agência líder para o

³²⁷ DUTRA, Joisa Campanher. Regulação do setor elétrico no Brasil. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar./ Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 245.

processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil, com vistas a alocação eficiente de recursos escassos e a obtenção de melhores resultados econômicos.

Em suma, os efeitos positivos esperados com a adoção da modelagem institucional da agência líder para o processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil consistem: a) na redução dos custos de transação; e b) na redução da judicialização de controvérsias ligadas ao tema.

Destarte, após fazermos algumas digressões sobre a importância e os métodos de aplicação específicos da Análise Econômico do Direito, passaremos ao estudo individualizado dos referidos efeitos benéficos da adoção da agência líder no Brasil.

4.7.2 A importância da AED para a ciência jurídica

Nesta fase do trabalho consideramos deveras oportuno tecer breves comentários sobre a importância da Análise Econômica do Direito para o estágio atual de desenvolvimento da ciência jurídica, principalmente no que toca ao sistema jurídico norte-americano.

Dentro das correntes evolutivas do sistema do *common law* nos Estados Unidos, surgiu no início da década de 60 do século passado um movimento acadêmico chamado de *Law & Economics*. O artigo “*The Problem of Social Cost*”, publicado pelo professor da Universidade de Chicago Ronald H. Coase no *The Journal of Law & Economics* em outubro de 1960³²⁸ é considerado como o ensaio seminal desse movimento. Com esse artigo, Ronald Coase foi o primeiro a desenvolver a ideia de que os custos sociais se originam da indefinição dos direitos de propriedade, sendo a ocorrência de externalidades negativas, decorrentes do exercício de determinadas atividades privadas, mera consequência disso. Isto porque, quando se encontram claramente definidos os direitos de propriedade, o próprio mercado se encarrega de corrigir as externalidades, contanto que não haja custos de transação. O referido trabalho acadêmico rendeu a Ronald Coase o prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1991.

Além de Ronald Coase, são também considerados como precursores do movimento *Law & Economics* os professores Richard A. Posner, Guido Calabresi e Bruce Ackerman.

Fazendo um histórico da evolução da teoria econômica do direito nos Estados Unidos, Richard Posner leciona que:

³²⁸ Coase, Ronald H. “*The Problem of Social Cost*”. *The Journal of Law & Economics*, volume III, 1960.

“as raízes do movimento da teoria econômica do direito são profundas. Bentham aplicava a teoria econômica ao comportamento dos criminosos e aos métodos de punição destes. Holmes, Brandeis, Learned Hand e Robert Hale preparavam o terreno para a recepção da economia pelo direito americano. Nas décadas de 1940 e 1950, o direito antitruste, o direito societário e as áreas de regulamentação dos órgãos executivos que prestam serviços públicos e de tributação federal passavam a ser estudados pela economia. Entre os pensadores representativos daquele período, estão Aaron Director, Henry Simons, Donald Turner e Henry Manne. Na década seguinte, os artigos de Coase, Becker e Guido Calabresi introduziram a ‘nova’ teoria econômica do direito, que enfatiza a aplicação da economia às instituições centrais do sistema jurídico, incluindo-se a propriedade, os contratos, a responsabilidade civil, o direito penal, o direito de família, as áreas de processo civil e penal, de ressarcimento, de indenização ao por perdas e danos, entre outros remédios judiciais, o direito marítimo, a legislação e a formação de normas no common law, com sua ênfase nas decisões segundo a jurisprudência”.³²⁹

Em apertada síntese, podemos considerar que o movimento *Law & Economics* defende a aproximação do direito e da economia por meio da aplicação dos instrumentos da teoria econômica na interpretação do direito e em sua aplicação aos fatos sociais. Neste objetivo, propõem os expoentes do *Law & Economics* a substituição da ideia de justiça pela da racionalidade da eficiência econômica na alocação de recursos escassos em relação às escolhas de política legislativa para atribuição dos direitos. Assim, a interação entre o direito e a economia, que até poucas décadas atrás era restrita às áreas da legislação antitruste, dos setores regulados, da tributação, e da fixação de indenizações na seara da responsabilidade civil, expandiu seus horizontes, entrando em áreas mais tradicionais do direito, como a propriedade, os contratos, os delitos civis, o direito penal e processual penal e o direito constitucional.³³⁰

Posteriormente, foi criada uma corrente doutrinária específica dentro do movimento *Law & Economics* objetivando o estudo da propriedade chamada de Escola dos *Property Rights*, a qual via no uso da propriedade um importante instrumento catalizador dos resultados do mercado. Os professores Richard A. Posner, Guido Calabresi e Bruce Ackerman tornaram-se adeptos dessa corrente doutrinária.

³²⁹ Posner, Richard A. Para além do direito. (tradução Evandro Ferreira e Silva). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp.462-463.

³³⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed. 2010, p.23.

Não obstante, o ponto específico da Análise Econômica do Direito que mais interessa no momento é avaliação dos custos de transação na definição da alocação de direitos, o qual se insere no campo da chamada escola neo-institucionalista.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, citando Juan Vicente Sola, leciona que: “os três pilares do neo institucionalismo estão focados nos (i) direitos de propriedade, (ii) contratos como forma de fixar os direitos de propriedade e (iii) custos de transação”.³³¹

Nesse particular, ainda segundo a lição de Richard Posner:

“quando os novos institucionalistas estudam contratos de longo prazo, governança corporativa, integração vertical, direitos de propriedade e coisas desse tipo, estão fazendo a mesma coisa que os estudiosos de teoria econômica do direito fazem quando estudam os mesmos assuntos. Nessa área de investigação, pelo menos, a convergência entre as duas abordagens é completa”.³³²

4.7.3 Operacionalizando o conceito de eficiência econômica

O conceito de eficiência administrativa possui excessiva fluidez, não só no direito brasileiro, como também alhures.³³³

Segundo Hely Lopes Meirelles podemos conceber o princípio da eficiência administrativa da seguinte forma:

“o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”,

Segundo Alexandre de Moraes o princípio da eficiência:

³³¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.105, nota de rodapé.

³³² Posner, Richard A. Para além do direito. (tradução Evandro Ferreira e Silva). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.466.

³³³ Idem

“impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social”.

Para Maria Sylva Zanella Di Pietro o princípio da eficiência administrativa:

“apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público”.

Não obstante, a acepção econômica do princípio da eficiência é a que mais nos interessa neste momento. Neste particular, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo expõe que:

“gostaria, portanto, de ver o princípio da eficiência por outros prismas; ou melhor com outras funções no ordenamento jurídico, além da interpretativa. Em primeiro lugar a importação da administração policêntrica, além de das iniciativas de delegação e de descentralização, se deve a argumentos fortemente conectados com a eficiência. Essa constatação realiza a ideia de que esse princípio pode se tornar fundamento para a implementação de medidas que possam complementar os esforços envidados na reforma administrativa no sentido de atingir resultados qualitativos nas ações governamentais”.³³⁴

A Análise Econômica do Direito é baseada na aplicação da teoria econômica na interpretação do referido instituto utilizando-se, principalmente, de instrumentos típicos da microeconomia.

De acordo com a conceituação de N. Gregory Mankin a economia pode ser definida como:

³³⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

“o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos. Na maior parte das sociedades os recursos não são alocados por um único planejador central, mas pelas ações combinadas de milhões de famílias e empresas” Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas poupanças”³³⁵

A microeconomia trabalha fundamentalmente com base na utilização de modelos simplificados da realidade social. Nessa linha, leciona Hal R. Varian que:

“a economia avança com base no desenvolvimento de modelos de fenômenos sociais. Por modelo entendemos uma representação simplificada da realidade. A ênfase aqui está na palavra “simplificada”. Imagine como seria inútil um mapa na escala 1:1. O mesmo é válido para um modelo econômico que tente descrever todos os aspectos da realidade. A importância do modelo provém da eliminação dos detalhes irrelevantes, o que permite ao economista concentrar-se nas características essenciais da realidade econômica que procura compreender”.³³⁶

Para possibilitar a avaliação da eficiência na comparação entre arranjos econômicos diferentes foram estabelecidos critérios pelos economistas, sendo que os mais utilizados são o de Pareto e o de Kaldor-Hicks.

O economista e sociólogo italiano Vilfredo Pareto foi um dos pioneiros na análise do conceito de eficiência. Segundo Pareto um determinado arranjo para alocação de recursos somente poderá ser considerado eficiente caso acarrete uma melhoria da situação inicial de uma pessoa ou grupo, sem que com isso, conseqüentemente, haja uma piora na situação de uma ou mais pessoas.³³⁷ Assim, a eficiência econômica segundo Pareto poder-se-ia considerar como uma eficiência quase absoluta, ou ideal.

Não obstante, o outro critério bastante utilizado para avaliar a eficiência econômica conhecido como critério de Kaldor-Hicks³³⁸, diferentemente do critério de Pareto, admite a possibilidade de que em uma mudança considerada eficiente um indivíduo tenha sua posição melhorada às custas de outro indivíduo, desde que o “perdedor” seja recompensado, de modo a manter seu nível inicial de satisfação.

³³⁵ MANKIN, N. Gregory. Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia. Rio de Janeiro. Elsevier, 2001, p.5.

³³⁶ VARIAN Hal R.; Intermediate Microeconomics: a Modern Approach: Sixth Editio (tradução Maria José Cyhlar Monteiro) – Rio de Janeiro – Elsevier, 2003, p.1.

³³⁷ BARR, Nicholas. *Economics of the Welfare State*. 5th ed.: Oxford University Press, 2012, p.46

³³⁸ KALDOR, Nicholas, “Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”: The Economic Journal, vol.49, n 195, 1939, pp.549-552; e HICKS, Jonh, “The Foundations of Welfare Economics”: The Economic Journal, vol.49, n 196, 1939, pp.696-712.

Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn discorreram sobre o critério de eficiência de Kaldor-Hicks nos seguintes termos:

“outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este, parece, ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal”.³³⁹

Em suma, entendemos adequada a utilização das premissas básicas dos critérios de avaliação de eficiência entre arranjos econômicos expostos acima como referencial para escolha e aperfeiçoamento de arranjos institucionais da Administração pública, como poderá ocorrer, *in casu*, com o processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura brasileiro.

4.7.4 O problema das externalidades aplicado aos empreendimentos de infraestrutura

Poderíamos imaginar um mundo onde as pessoas desenvolvam suas atividades de consumo ou de produção sem se preocupar com o comportamento dos demais agentes. Seria esse o mundo em que as decisões tomadas por consumidores ou produtores não interessariam a outras pessoas, em razão de sua irrelevância pragmática. O exemplo perfeito desse mundo sem externalidades seria o mundo de Robinson Crusoe³⁴⁰, que vivia sozinho em uma ilha

³³⁹ ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. Direito & Economia — Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

³⁴⁰ Náufrago protagonista do romance “The Life and Strange Surprising Adventures of Tork Mariner:” pulicado pelo escritor inglês Daniel Defoe em 1719.

deserta³⁴¹ e era ao mesmo tempo produtor e consumidor, e, portanto, não precisava se preocupar com o comportamento de ninguém.

Ocorre que esse mundo não existe. Tais assertivas não são verossímeis, uma vez que no mundo real as pessoas ao tomarem decisões de natureza econômica devem se preocupar sim com as atitudes dos outros.

Em verdade, as atividades econômicas exercidas pelas pessoas ou empresas podem vir a produzir (e normalmente produzem) externalidades em relação a outros agentes.

As externalidades são divididas pelos economistas em externalidades de consumo e externalidades de produção. As primeiras ocorrem quando um consumidor se preocupa diretamente com a produção ou consumo de outro, ao passo que as últimas se configuram quando o potencial produtivo de uma pessoa ou empresa (o produtor) interfere no potencial produtivo de outro agente econômico.

As externalidades podem ser classificadas como positivas ou negativas. As externalidades positivas ocorrem quando a atividade de um determinado agente beneficia outro, como, por exemplo, as motoristas que utilizam estradas que cobram pedágio apenas em pequenos trechos onde não há postos de cobrança. Nesta situação, os motoristas que usam a estrada sem pagar são beneficiados pelos motoristas que passaram por postos de cobrança e tiveram de pagar o valor do pedágio.

Essa situação em que há pessoas que são beneficiadas por externalidades positivas, pelas quais não pagaram nada, e de forma não excludente, é normalmente chamada de “problema do carona” ou de *free riders*³⁴².

As externalidades negativas, por sua vez, de forma diametralmente oposta, configuram-se quando a atividade realizada por alguém prejudica a outrem. Poderíamos exemplificar uma externalidade negativa com o caso clássico da empresa de pesca que tem sua produção impactada negativamente em razão do despejo de efluentes realizado por uma indústria de metais pesados no local onde desenvolve suas atividades (o rio onde captura os peixes).

³⁴¹ Logicamente antes da chegada do Sexta-feira.

³⁴² Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed., 2010, p. 121; e STIGLER, George J. Free Riders and Collective Action: Na Appendix to Theories of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, v.5, n.2, p.359-365, Autumn, 1974.

Ronald Coase, em seu ensaio “*The Problem of Social Cost*”, foi o primeiro a desenvolver a ideia de que os custos sociais se originam, em verdade, da indefinição dos direitos de propriedade, sendo a ocorrência de externalidades negativas decorrentes do exercício de determinadas atividades privadas mera consequência disso. Isto porque, claramente definidos os direitos de propriedade sobre o uso da terra, poderão as partes envolvidas, ou seja, o causador e o prejudicado pela externalidade³⁴³, negociar de forma economicamente eficiente a alocação dos recursos, desde que não haja custos de transação. Convencionou-se atribuir a essa tese a denominação de “Teorema Normativo de Coase”³⁴⁴.

Seguindo em linhas gerais o pensamento de Coase, Hal R. Varian também enxerga os problemas relacionadas as externalidades como consequência direta da definição insuficiente dos direitos de propriedades. Segundo Varian:

“os problemas práticos com externalidades geralmente surgem devido à má definição dos direitos de propriedade. Meu vizinho pode acreditar que tem direito de tocar seu trompete às três da madrugada, e eu posso acreditar que tenho direito ao silêncio. Uma empresa pode acreditar que tem direito de despejar poluentes na atmosfera que respiro, enquanto posso acreditar que ela não tem. Os casos em que direitos de propriedades estão mal definidos podem levar a uma produção ineficiente de externalidades – o que significa que haveria um meio de fazer com que ambas as partes melhorassem modificando-se a produção de externalidades. Se os direitos de propriedade estiverem bem definidos e se houver mecanismos que permitam a negociação entre as pessoas, elas poderão negociar seus direitos de produzir externalidades da mesma forma que trocam direitos de produzir e consumir bens comuns.”³⁴⁵

As externalidades também podem ser classificadas conforme o número de pessoas afetadas em: externalidades privadas e externalidades públicas. As primeiras são aquelas em que a quantidade de pessoas atingida é pequena, como ocorre na maioria dos casos de poluição sonora. No caso das externalidades públicas o número de pessoas afetadas pela atividade alheia é grande, como, por exemplo, nos casos da fumaça emitida por uma fábrica, ou da introdução de um carro a mais em uma autoestrada já congestionada.

³⁴³ Na hipótese que nos interessa, os atores seriam o empreendedor e todos aqueles afetados pelo empreendimento.

³⁴⁴ É atribuída, não ao próprio Coase, mas a George J. Stigler a expressão “Teorema de Coase”. Cf. a respeito: STIGLER, G.J. *The theory of price*. 4.ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1966, p.120.

³⁴⁵ VARIAN, Hal R.; *Intermediate Microeconomics: a Modern Approach: Sixth Editio* (tradução Maria José Cyhlar Monteiro) – Rio de Janeiro – Elsevier, 2003, p. 649.

As externalidades públicas normalmente possuem as mesmas características dos bens públicos³⁴⁶ relativas a não rivalidade e não exclusividade. O exemplo clássico de uma externalidade pública é o da poluição do ar pela fumaça de uma determinada fábrica. As externalidades públicas são também chamadas de males públicos.

Não obstante, uma linha tênue separa as externalidades públicas, das externalidades meramente privadas, tendo em vista que não há um parâmetro ou número certo de pessoas afetadas para se delimitar quando estamos diante de uma ou de outra.

No mais, faz-se mister ressaltar que grandes empreendimentos de infraestrutura, como é o caso da construção e operação de usinas hidrelétricas, rodovias, portos, aeroportos, etc, geram externalidades, tanto positivas quanto negativas, proporcionais a sua magnitude e importância estratégica para o crescimento econômico do país. Essa é uma realidade que precisa ser levada em conta na análise do processo de licenciamento ambiental.

Nessa linha, Daniel Ferreira e Ana Paula Pellegrinello ressaltam que:

“grandes obras, especialmente públicas, sempre trazem consigo grandes impactos, positivos e negativos, de modo que é preciso contrastar os vários direitos e interesses – privados e públicos – para fins de constatação de viabilidade e mesmo da legitimidade de se levar a cabo pretensão dessa natureza”³⁴⁷.

4.7.5 Os custos de transação e o Teorema de Coase

As conclusões de Ronald Coase no artigo *The Problem of Social Costs* foram alvo de interpretações diversas entre os economistas. Para alguns Coase afirmou que as transações sem custos tendem a alcançar resultados Pareto-eficientes, independentemente da forma de distribuição dos direitos de propriedade em relação aos recursos, proposição que se

³⁴⁶ Para Carlos Ragazzo “um dos exemplos mais clássicos de bem público é a segurança nacional. Cada cidadão brasileiro individualmente não valora de maneira adequada o investimento que deve ser feito a fim de que as defesas nacionais estejam preparadas. Na verdade, caso isso fosse deixado ao indivíduo, provavelmente não haveria o serviço de segurança nacional em tempos de paz. Isso acontece porque nenhum brasileiro pode ser excluído do serviço (se há segurança, há para todos indistintamente) e nem o seu consumo por uns evita o de outros. Ninguém, portanto, tem incentivo para pagar o que realmente custa o serviço de segurança nacional, daí a necessidade de intervenção vis tributação garantindo recursos para a sua existência”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.22-23). A segurança nacional consiste na “autodefesa dos Estados modernos através de medidas de segurança de seu povo e de suas instituições” (FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. A Segurança Interna nas Cartas Constitucionais do Brasil. RDP, v.10, 1969, p.25 e segs).

³⁴⁷ FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. Grandes obras, grandes impactos e a promoção (controlada e controlável) do desenvolvimento nacional sustentável. Revista Jurídica. vol.1 nº 34. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/799/0>>. Acesso em: 8 jan 2016.

convencionou chamar de Teorema de Coase. Ronald Coase ilustrou sua tese trazendo o caso hipotético de um criador de gado e de um fazendeiro que desenvolvem suas atividades em áreas contíguas. Como não há uma cerca entre as duas propriedades é livre a passagem do gado para as terras cultivadas, o que produz consideráveis danos às plantações do fazendeiro, sendo que um aumento no rebanho aumenta os estragos causados à plantação.

Assim, estaríamos diante de uma típica situação em que a atividade econômica desempenhada por um agente (o criador de gado) prejudica um terceiro (o fazendeiro), produzindo o que chamamos de externalidade negativa.

Coase, em sua análise, vislumbrou duas situações jurídicas diversas para o caso. Na primeira hipótese, a lei favoreceria o criador de gado, no sentido de que asseguraria a ele o direito de utilização livre de sua terra, podendo seus bois e vacas adentrarem impunemente as plantações de seu vizinho. Nesta hipótese, o fazendeiro terá incentivos para negociar com o criador de gado, objetivando diminuir seus prejuízos com a destruição das plantações.

O fazendeiro deverá pautar a negociação pela proposta de pagamento de uma compensação para o criador de gado, pela perda de ganhos decorrentes da diminuição de seu rebanho, acarretando o equilíbrio por meio da paridade entre o custo marginal (compensação dos prejuízos) e o lucro marginal.

Sem embargo, no caso da lei favorecer o fazendeiro, no sentido de que o criador de gado passa a ser responsável pelos prejuízos causados pelo rebanho à plantação vizinha, quem terá incentivos para negociar é o criador. O criador de gado deverá propor então compensar o fazendeiro pelos danos causados à sua plantação, ocasionados pela invasão do rebanho, assegurando que seus ganhos permaneçam os mesmos que seriam obtidos pela venda de seus produtos no mercado agrícola.

O mais interessante é que a longo prazo se chega ao mesmo ponto de equilíbrio em qualquer das situações, sendo que o tamanho do rebanho será o mesmo do que seria se o criador não fosse responsável pelos estragos à plantação causados pelos bois vadios.

Em suma, de acordo com a tese de Coase a pedra de toque para uma solução eficiente dessa disputa pelo uso da terra é a definição clara dos direitos de propriedade, não importando se tal definição inicial pode não ser considerada justa ou equânime, e desde que seja assumido que a negociação ocorra sem custos de transação.

Os custos de transação podem ser definidos como aqueles a que estão sujeitas todas as operações de um sistema econômico.

Os elementos que compõem os custos de transação levando em conta os custos de troca são conhecidos como: *searching*, *bargaining* e *enforcement*. O primeiro elemento corresponde aos custos de encontrar a outra parte, os quais serão mais elevados caso os bens sejam únicos ou muito específicos, já o segundo consiste nos custos do processo de negociação entre as partes, que serão mais elevados se os direitos de propriedade não forem claros, quando há dificuldade na avaliação do valor do bem, quando as partes são numerosas, ou quando há hostilidades ou falta de razoabilidade. Também se encontram incluídos nos custos de *bargaining* os decorrentes da elaboração das cláusulas contratuais escritas.

Por fim, o terceiro e último elemento consiste nos custos de monitoramento e punição por quebra de contrato, nas hipóteses em que a transação não é simultânea, os quais podem ser elevados em razão da eventual complexidade de acompanhamento do cumprimento do acordo.

4.7.6 A busca da eficiência econômica com base no parâmetro do “nível ótimo de poluição” proposto por Coase

A ideia de que haveria um grau de contaminação ambiental aceitável, levando-se em conta que em razão das inadiáveis necessidades da sociedade moderna, sobretudo energéticas, pensar em impacto zero do meio ambiente seria uma utopia.

Neste particular, Francisco Mochon e Roberto Luis Troster afirmam que:

“o êxito da luta contra a contaminação precisa ser medido pela capacidade de se reduzi-la e pelas possibilidades de se limitar se crescimento, já que não é razoável pensar em eliminá-la completamente. Considere que inclusive se um país paralisasse toda a sua atividade industrial poluidora não se acabaria com o problema, pois os resíduos urbanos continuariam contaminando o meio ambiente. Mesmo assim, deve ser salientado que, no caso de se optar por uma política de crescimento nulo, o máximo que se conseguiria seria impedir o aumento da contaminação, mas não se acabaria com a já existente. Além disso, seriam criados todos os inconvenientes associados à estagnação econômica”.³⁴⁸

³⁴⁸ MORCILLO Francisco Mochón. Introdução à economia. (tradução e revisão técnica: Roberto Luís Troster). – São Paulo: Makron Books, 1994, p.323.

Coase afirmou que nos casos de poluição uma transação entre o poluidor e a vítima pode conduzir a uma utilização eficiente dos recursos, desde que seja clara e precisa a definição dos direitos de propriedade em relação ao uso da terra (recursos ambientais), e que não haja custos de transação. Nessa hipótese o próprio mercado solucionaria espontaneamente o problema da externalidade negativa (poluição), internalizando os custos sociais e produzindo uma alocação eficiente dos recursos escassos.

Para chegar a essa conclusão, Coase trabalha com a ideia de que poderia haver um **“nível ótimo de poluição”**, tendo em vista que as atividades econômicas das sociedades modernas sempre produziram algum nível de poluição, não havendo como a mesma ser reduzida a zero.

Deixamos claro que estamos utilizando a ideia da fixação de um “nível ótimo de poluição” por entendê-la compatível com a conceito de “impacto ambiental”, dada a ausência de distinção pragmática entre os efeitos produzidos tanto pela poluição quanto pelo impacto ambiental à luz da teoria das externalidades.

Nessa linha, entendemos que todo impacto ambiental como qualquer outra forma de externalidade decorre de uma indefinição nos direitos de propriedade. Em outras palavras, poderíamos conceber o que seria um “nível ótimo de impacto ambiental” como um título declaratório que explicitasse os limites ao uso da propriedade pelo empreendedor.

Assim, o nível ótimo de impacto ambiental referente a um empreendimento específico seria um parâmetro imprescindível para a análise e discussão do projeto no âmbito do processo de licenciamento. Uma vez fixado o “nível ótimo do impacto ambiental”, o empreendedor passa a ter a exata noção dos riscos ambientais e econômicos gerados pela implantação e operação comercial do respectivo empreendimento.

Entretanto, o “nível ótimo de impacto ambiental” somente poderá ser estabelecido após realizados os estudos referentes aos impactos ambientais, socioeconômicos, antropológicos, culturais, históricos e paisagísticos do empreendimento. Apesar de complexa, tal avaliação multidisciplinar poderia auxiliar na definição dos direitos de propriedade relativos à instalação e operação do empreendimento.

Claramente definidos os limites dos direitos de propriedade do empreendedor, com relação ao impacto ambiental do mesmo, a tendência de construção do consenso entre a Administração e todos os interessados será muito maior.

Entretanto, como previu Coase, há casos em que a regulação estatal é necessária para solucionar o referido problema do custo social, o que ocorreria nas hipóteses em que os custos

de transação fossem muito elevados, de modo a impedir que as partes negociassem espontaneamente.

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen os custos de transação “variam, num espectro que vai de zero até indefinidamente elevados, dependendo da transação”³⁴⁹.

Se os custos de transação são maiores que o valor do próprio negócio, eles não serão incorridos, sendo melhor para as partes darem por encerrada a transação. Neste caso a perda social é igual, não aos custos de transação, mas ao valor social da transação que deixou de ser realizada. No presente caso, toda a sociedade estaria perdendo os benefícios que adviriam do empreendimento cancelado.

Na presença de custos de transação elevados, qualquer negociação é susceptível de se tornar ineficiente.

Não obstante, segundo Douglass C. North, adepto da corrente institucionalista da Análise Econômica do Direito:

“quando os custos de transação são consideráveis, as instituições passam a adquirir importância. Um conjunto de instituições políticas e econômicas que ofereçam transações a baixo custo viabiliza a existência de mercados de produtos e fatores eficientes necessários ao crescimento econômico”.³⁵⁰

Explicitando o pensamento dos institucionalistas acerca do que podemos considerar como “instituições”, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo assevera que:

“Mas o que são instituições? Essa pergunta é chave para entender a influência dos pensamentos institucionalistas na evolução do raciocínio jurídico. Em trabalhos de economistas neoinstitucionalistas, as instituições são as regras do jogo numa sociedade, sendo representadas pelas leis formais (que definem a estrutura hierárquica da política), pelas regras econômicas (que definem os direitos de propriedade) e pelos contratos (que definem as formas de se estabelecer os direitos de propriedade). NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. 18ed., New York: Cambridge University Press, 2005”.³⁵¹

Ainda sobre a referida temática, segue Carlos Ragazzo afirmando que:

³⁴⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed., 2010, p.107

³⁵⁰ NORTH, Douglass C. *Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico*: Instituto Liberal, 1994, p.10.

³⁵¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 104, nota de rodapé.

“segundo os institucionalistas, toda a atividade econômica depende do processo de criação e distribuição de direitos, levando à construção de uma relação normativa que tenha por consequência equidade e eficiência. Assim, os institucionalistas formam uma escola heterogênea que partem de blocos de pensamentos: (i) abordagem multidisciplinar, assimilando conceitos de psicologia, sociologia e direito para avaliar comportamentos dos agentes econômicos; (ii) avaliação do ambiente institucional como condicionante da atividade econômica; e (iii) compreensão da atividade econômica como produto da imbricação entre a instituição e o comportamento dos agentes econômicos.(...) A lógica da maximização de riquezas passa a depender do estudo de instituições que façam com que a sociedade possa atingir essa finalidade, em função dos movimentos de mudança e ajuste que certamente envolvem outras ciências que não apenas a economia. A exemplo do Direito, o estudo das instituições viabiliza uma forma de rejeição ao formalismo, para que se compreenda o mundo como ele é na prática”.³⁵²

Também tratando do papel das instituições na ordem economia, Fabio Ribas Chaddad ressalta que:

“Dado que a utilização dos direitos de propriedade pelos agentes econômicos é restrita por leis, regulamentações ou regras da sociedade, as instituições importam na análise de problemas econômicos. Para DAHLMAN (1979), o ponto crucial da análise é como a organização econômica pode ser melhorada através de rearranjos institucionais. Segundo NORTH (1994), o ambiente institucional representa as "regras do jogo", isto é, as restrições que norteiam as interações humanas, onde se dão todas as transações. Essas restrições são de ordem formal (leis, regras, constituições, regulamentações, etc.) e também podem ser informais (normas de comportamento, convenções sociais, códigos de conduta, etc.). Historicamente, as instituições foram criadas pelo homem para estabelecer a ordem e reduzir a incerteza nas transações (NORTH, 1991). Portanto, o sistema legal faz parte do ambiente institucional e, segundo KHALIL (1995), tem o objetivo de contribuir para a clara atribuição e proteção dos direitos de propriedade. As instituições, além da tecnologia, determinam os custos de transação que se adicionam aos custos de produção. "Quando é custoso transacionar, as instituições importam" (NORTH, 1994, p.360). Na análise de FURUBOTN & RICHTER (1991), as instituições também não são neutras, ou seja, interferem nos custos de transação. Para eles, o ambiente institucional corresponde às normas que afetam o processo de transferência dos direitos de propriedade. Logo, um papel importante das instituições é a clara definição dos direitos de propriedade, afim de que rendas potenciais possam ser internalizadas através da atividade econômica de organizações e agentes privados ou evitar que recursos sejam dispersos no controle e monitoramento

³⁵² Ibidem, pp.104-105.

de contratos. Em última análise, um ambiente institucional eficiente é aquele que promove o desenvolvimento econômico (NORTH, 1985).³⁵³

Destarte, adotar um arranjo institucional eficiente para o processo de licenciamento ambiental permitirá que passemos a trilhar o caminho da redução dos custos de transação do processo de licenciamento ambiental brasileiro, e da obtenção de melhores resultados econômicos com base na eficiência na alocação de recursos escassos, conforme proposto por Coase.

Acresce que, consideramos indisputável que a adoção de um modelo eficiente de licenciamento ambiental no Brasil proporcionará a criação de um arranjo institucional que permita a definição clara dos limites do uso adequado da propriedade, no que se refere aos impactos ambientais considerados aceitáveis para empreendimentos de infraestrutura.

Desta forma, estaríamos facilitando sobremaneira a negociação do empreendedor negociar com os prejudicados pelos impactos socioambientais, econômicos, antropológicos e culturais, de acordo com os parâmetros estabelecidos, cujos resultados deverão ser aprovados pelas agências participantes, dentro de suas respectivas áreas de competência, e supervisionados pela agência líder, especialmente designada para o caso.

4.7.7 Seria possível o estabelecimento de um “custo de oportunidade ambiental” do empreendimento?

A análise dos custos de oportunidade (inclusive ambientais) de um empreendimento de infraestrutura específico pode ser muito útil na avaliação para se alcançar um possível **“nível ótimo de impacto ambiental”** do projeto. Decerto a mensuração correta dos custos de oportunidade econômicos de um empreendimento constitui um dado fundamental para se estabelecer o nível ótimo de impacto ambiental, em cada caso.

³⁵³ CHADDAD, Fábio Ribas. Uma aplicação da teoria dos direitos de propriedade: o conceito de denominações de origem controlada. Revista Informações Econômicas, SP, v.26, n.12, dez. 1996. Disponível em: <www.iea.sp.gov.br/out/verTexto.php?codTexto=13092> Acesso em: 09 de jan 2016.

Segundo Pindyck e Rubinfeld, “os custos de oportunidade são os custos associados às oportunidades que estão sendo deixadas de lado, caso a empresa não empregue os recursos da melhor maneira possível”.³⁵⁴

Com efeito, estamos propondo como parâmetro de análise que sejam levados em conta os custos (danos) para o meio ambiente da segunda melhor opção, caso a primeira, que correspondente a um determinado empreendimento submetido ao processo de licenciamento ambiental, não seja aprovada.

A propósito, nos autos da Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA, em tramite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foi trazida pelo representante judicial da Administração pública federal a informação *técnica* de que a não-viabilização do licenciamento ambiental do empreendimento de construção da UHE de Belo Monte comprometeria o planejamento da política energética nacional, sendo necessária, em decorrência da crescente demanda por energia elétrica, “a construção de dezesseis outras usinas na região com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros a serem despendidos pela União”.³⁵⁵

Com efeito, a partir da aplicação da nossa proposta, podemos assumir que o Poder Judiciário fixou parâmetros objetivos para o estabelecimento do custo de oportunidade da construção e operação da UHE de Belo Monte, que corresponderia à construção de outras 16 (dezesseis) usinas hidrelétricas na região da Floresta Amazônica, com impactos ambientais e investimentos financeiros muito superiores aos da primeira opção.

4.7.8 A redução dos custos econômicos dos empreendimentos de infraestrutura

Indubitavelmente, a Análise Econômica do Direito é um instrumento imprescindível na criação e interpretação de marcos regulatórios e modelagens institucionais, sendo, por conseguinte, de aplicação obrigatória nas escolhas de critérios para tomada de decisões do Governo que afetam setores da economia. Isto porque, a identificação correta dos custos de transação auxilia na escolha da regra jurídica a ser aplicada a uma determinada situação, uma

³⁵⁴ PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. (tradução: Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira) - 7ª ed. – São Paulo: Pearson Education do Brasil. 2010, p.194.

³⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA. Quinta Turma. Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida. Julgamento: 17/10/2011.

vez que permite que seja avaliada a eficiência econômica das eventuais opções, com base nos critérios já estudados em tópico anterior (Pareto e Kaldor-Hicks).

Destarte, a racionalidade econômica foi escolhida como referencial teórico desta dissertação por ser o critério mais adequado a comprovar a tese de que a governança do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura, estabelecida com base na coordenação interagências, produziria um arranjo institucional mais eficiente em comparação com o atual modelo em vigor no país.

Nessa linha, a redução dos custos de transação seria o principal efeito positivo decorrente da instauração de um ambiente de consensualidade e coordenação interagências para a tomadas de decisões e resolução de conflitos no âmbito do referido processo administrativo de licenciamento.

Decerto, o modelo de decisório da agência líder, fincado no consenso estabelecido entre as agências envolvidas, terá o condão de facilitar sobremaneira as futuras relações entre todos os órgãos e entidades públicas participantes e os interessados, levando-se em conta o conhecimento mútuo dos atores públicos e privados de que não se trata de um “jogo de uma única rodada”.³⁵⁶ A importância dessa visão prospectiva na tomada de decisões está no fato de que as escolhas feitas de forma cooperativa agem na manutenção dos relacionamentos institucionais e interpessoais para o futuro.

A própria credibilidade das agências reguladoras brasileiras seria fortalecida com a instituição do instituto da agência líder; não se podendo perder de vista que nos Estados Unidos a questão da credibilidade das agências reguladoras setoriais é fundamental para a legitimidade de sua atuação.

Assim, a adoção de um modelo institucional que privilegie a cooperação interagências para o processo de licenciamento, com potencial para promover significativa redução dos custos de transação na implantação e operação de empreendimentos, além de benefícios econômicos e sociais comprováveis, é absolutamente justificável sob o aspecto da racionalidade econômica.

³⁵⁶ A expressão “jogo de uma única rodada” é utilizada por Cooter & Ulen, e se refere à chamada “teoria dos jogos” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed., 2010). Segundo Marçal Justen Filho, “a teoria dos jogos reconhece que a conduta a ser adotada por um sujeito, em face de um certo conflito em face de terceiros, é fortemente influenciada pelas expectativas relacionadas à conduta alheia. (...) A formulação mais conhecida a propósito da teoria dos jogos envolve o chamado dilema do prisioneiro, formulação objeto de milhares de ensaios e estudos e cuja origem é atribuída a Flood e Drescher, em 1950. (...) A solução adotada tem sido sumariada no chamado ‘Equilíbrio de Nash’, que afirma que ‘A combinação de estratégias que os jogadores provavelmente escolherão é aquela na qual nenhum jogador poderia fazer melhor escolhendo uma estratégia diferente em face da estratégia que o outro escolher. A estratégia de cada jogador deve ser a melhor estratégia relativamente à estratégia do outro. (...) A teoria dos jogos propõe que essa espécie de conflito apenas pode ser resolvida de modo satisfatório através de repetição (...) Isso deriva de que ‘o agente primeiro adquire conhecimento para só então orientar seu comportamento’ (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. pp.48-49, nota de rodapé).

No mais, a redução da litigiosidade interadministrativa, a preservação da coexistência harmônica das competências das agências reguladoras e demais órgãos e entidades públicos envolvidos no processo, de suas posições e reputações, assim como das relações empresariais e interpessoais dentro do respectivo setor, também constituem benefícios que poderiam decorrer da adoção da modelagem institucional da agência líder no Brasil.

A criação do referido ambiente de consenso permitirá também uma provável redução as decisões no processo de licenciamento tomadas com base em “genuína incerteza”³⁵⁷, que no mais das vezes culmina em rigorismo inúteis ou negativas pouco fundamentadas, tendo em vista a promoção de maior troca de informações e dados em tempo real entre as agências participantes.

Toda essa conjuntura alvissareira de redução da litigiosidade interadministrativa e dos custos de transação, e de produção de decisões mais informadas e prospectivas, decerto importará também em uma significativa redução do atual excesso de judicialização de demandas concernentes aos processos de licenciamentos dos empreendimentos de infraestrutura de grande porte no país.

Com base em tais premissas, pretendemos comprovar que a adoção de um processo cooperativo interagências de tomada de decisões no âmbito do licenciamento de empreendimento, ao mesmo tempo em que reduziria sobremaneira os custos de transação na execução dos empreendimentos, importaria no crescimento econômico do país, e, em última análise, na melhoria da qualidade de vida da população.

4.7.9 Justificativas políticas e filosóficas para a adoção do modelo da agência líder

Tendo em vista que a ciência jurídica é uma teoria para obtenção de uma decisão, sendo esta decisão o ato culminante de um processo de aprendizado³⁵⁸, a tensão gerada pela ineficiência do licenciamento ambiental acaba por informar todo o processo de aprendizagem e influenciar a respectiva decisão, a qual, *in casu*, diz respeito aos contornos da modelagem institucional do próprio processo de licenciamento.

³⁵⁷ VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2239155>>. Acesso em 22 out 2015

³⁵⁸ Idem.

Com efeito, as vantagens na adoção da referida modelagem institucional norte-americana para o processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil seriam inúmeras, tais como a superação da sobreposição de competência decorrente dos efeitos colaterais do policentrismo do Estado Regulador, e a promoção do crescimento econômico e da melhora da qualidade de vida da população, decorrentes da redução dos custos de geração e transmissão de energia elétrica, de transporte de mercadorias e do escoamento da produção nacional para exportação, etc.

A instituição do modelo da agência líder no Brasil, conforme a concepção do sistema norte-americano, poderá ser a base da criação de um arcabouço jurídico alicerçado em uma lógica de consensualidade e de cooperação interagências, potencialmente apto a produzir uma melhora da infraestrutura do país, com reflexos positivos de desenvolvimento econômico e social.

Concebemos a agência líder como o elemento que confere a necessária harmonia a um sistema de coordenação entre órgãos e entidades do poder públicos envolvidos em um determinado processo decisório da Administração. Em outras palavras, a agência líder é como o maestro que rege com base uma partitura (os procedimentos de cooperação interagências) a atuação dos integrantes de uma orquestra, de modo a tornar acordes e toques isolados em uma perfeita sinfonia (o ato decisório).

4.8 Análise das atuais proposições legislativas para alteração do processo de licenciamento ambiental brasileiro

Demonstrando a atualidade e relevância do tema relativo ao aperfeiçoamento do processo de licenciamento ambiental, encontram-se em tramitação no Congresso Nacional os seguintes projetos de lei, a saber: a) o Projeto de Lei nº 3.729/2004, que trata do licenciamento ambiental, regulamenta o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, e dá outras providências; b) o Projeto de Lei do Senado nº 602/2015, que cuida da criação do Balcão Único de Licenciamento Ambiental, estabelece procedimento para o processo de licenciamento ambiental dos empreendimentos considerados estratégicos e prioritários para o Estado, e dá outras providências; c) o Projeto de Lei nº 603/2015, que visa a disciplinar o licenciamento ambiental dos aproveitamentos de potenciais hidroenergéticos considerados

estratégicos e estruturantes; e d) o Projeto de Lei do Senado nº 654/2015, que prevê a instituição de um procedimento de licenciamento ambiental especial para empreendimentos de infraestrutura considerados estratégicos.

O Projeto de Lei do Senado nº 602/2015, objetivando a criação de um Balcão Único de Licenciamento Ambiental, o qual consistiria em um colegiado estabelecido no âmbito do órgão licenciador para orientar e acompanhar o procedimento de licenciamento ambiental de empreendimentos considerados estratégicos e prioritários para o Estado.

Segundo essa proposta, seria da competência do Balcão Único de Licenciamento Ambiental: a) orientar o empreendedor acerca dos estudos, documentos, relatórios e informações técnicas necessárias ao procedimento de licenciamento ambiental; b) elaborar e apresentar ao empreendedor termo de referência para elaboração do estudo ambiental correspondente; c) emitir, quando solicitado pela Aneel e antes da elaboração do inventário hidrelétrico da bacia hidrográfica, documento contendo a caracterização da área objeto do inventário, em especial quanto à existência de unidades de conservação, corredores ecológicos, terras indígenas, comunidades quilombolas, populações tradicionais, bens culturais, espeleológicos e arqueológicos acautelados e regiões de risco ou endêmicas para malária e outras doenças; d) participar, a convite da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) ou do responsável pela elaboração do inventário hidrelétrico da bacia hidrográfica, das reuniões para apresentação da Avaliação Ambiental Distribuída (AAD) e da Avaliação Ambiental Integrada (AAI) que compõem o inventário; e) participar, a convite do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), da elaboração do Plano Decenal de Expansão de Energia (PDE) e do Plano Nacional de Energia (PNE); f) realizar a análise e emitir parecer conclusivo sobre os estudos apresentados pelo empreendedor no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental de empreendimentos considerados estratégicos e prioritários para o Estado, manifestando-se pela emissão ou não da licença ambiental, e a condução desse processo; e g) solicitar ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), quando do recebimento dos estudos ambientais para emissão da Licença Prévia, a emissão de bloqueio das áreas necessárias ao empreendimento e à Agência Nacional de Águas (ANA), quando for o caso, a emissão da Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica (DRDH).

A referida proposta de criação do Balcão Único de Licenciamento é inovadora na medida em que prevê a simplificação do processo de licenciamento ambiental, o que poderá resultar na otimização de procedimentos, com consequente redução de custos e de tempo de

análise, podendo ser realizado eletronicamente, desde que atendidas as condições, restrições e medidas de controle ambiental estabelecidas.

Sem embargo, adotada nossa proposta de aperfeiçoamento do processo de licenciamento ambiental, a modelagem institucional da agência líder poderia exercer todas as atribuições previstas para o Balcão Único de Licenciamento, sendo desnecessária a criação deste último.

O Projeto de Lei do Senado nº 654/2015, de autoria do Senador Romero Jucá, prevê a instituição de um procedimento de licenciamento ambiental especial para empreendimentos de infraestrutura considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional sustentável e necessários à redução das desigualdades sociais e regionais, tais como empreendimentos de: sistemas viário, hidroviário, ferroviário e aeroviário; portos e instalações portuárias; energia; e telecomunicações.

De acordo com a referida proposta legislativa, o Poder Executivo deverá indicar, por decreto, os empreendimentos de infraestrutura estratégicos sujeitos ao licenciamento ambiental especial.

O procedimento de licenciamento ambiental especial proposto orientar-se-á pelos princípios de celeridade, cooperação, economicidade e eficiência, com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, por intermédio de empreendimentos de infraestrutura estratégicos.

O projeto de lei inova ao estabelecer as figuras: 1) do licenciamento ambiental especial, que consiste no procedimento administrativo específico, destinado a licenciar empreendimentos de infraestrutura estratégicos, utilizadores de recursos ambientais; e da 2) licença ambiental integrada, que constitui ato administrativo expedido pelo órgão licenciador que estabelece condicionantes, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor para empreendimentos de infraestrutura estratégicos sujeitos ao licenciamento ambiental especial. Outro avanço do projeto está na fixação de prazos máximos para conclusão de cada etapa do processo.

Para fins de cumprimento das etapas do licenciamento ambiental especial, o projeto prevê a observância dos prazos máximos de até: a) 10 (dez) dias, após a manifestação de interesse do empreendedor, a que se dará publicidade, para o órgão licenciador definir a composição do comitê específico para cada licenciamento, por meio de notificação aos órgãos e entes públicos componentes; b) 10 (dez) dias, a partir da publicação do ato a que se refere o inciso I, para os órgãos e entes públicos notificados anuírem a composição do comitê; c) 20

(vinte) dias, a partir da publicação do ato a que se refere o inciso II, para que o comitê específico elabore, apresente e dê publicidade ao termo de referência; d) 60 (sessenta) dias, a partir da publicidade do termo de referência de que trata o inciso III para que os empreendedores apresentem as certidões, anuências, licenças e documentos de sua responsabilidade exigidos no termo de referência; e) 60 (sessenta) dias, a partir da apresentação dos documentos referidos no inciso IV para o órgão licenciador analisar os documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e solicitar esclarecimentos e complementações, que deverão ser prestadas em até 10 (dez) dias após o recebimento da solicitação; f) 60 (sessenta) dias, a partir do recebimento dos últimos documentos recebidos de que tratam os incisos III e V, para elaboração do parecer técnico conclusivo e concessão da licença ambiental integrada, caso o parecer conclua pelo seu deferimento; e g) 30 (trinta) dias, a partir da data em que o empreendedor manifeste interesse em dar início à operação do empreendimento, a fim de que o órgão licenciador decida sobre licença de operação e proceda à expedição do correspondente ato.

Conforme proposto, o descumprimento de prazos pelos órgãos notificados implicará sua aquiescência ao processo de licenciamento ambiental especial. Da mesma forma, fica vedada no âmbito do processo de licenciamento ambiental especial a imposição de novas condicionantes ou exigências ao empreendimento, salvo se em virtude da superveniência de fato imprevisto originalmente, podendo o órgão licenciador realizar vistoria técnica prévia à sua decisão, desde que sem prejuízo do prazo assinalado para que se decida sobre a licença de operação.

Está previsto também que o órgão licenciador estabelecerá os prazos de validade para a licença ambiental integrada levando em consideração a tipologia do empreendimento de infraestrutura estratégico, somente podendo modificar as condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar licença ambiental integrada, quando ocorrer: a) violação de norma legal; e b) omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a emissão da licença ambiental integrada.

O Projeto de Lei do Senado nº 654/2015 prevê ainda a alteração da Lei nº 6.938/1981, que passaria a vigorar acrescida do seguinte dispositivo legal:

“art. 10-A: Respeitado o sigilo industrial, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA), aprovados pelo órgão licenciador, serão disponibilizados ao público e comporão banco de dados, acessível pela internet. As informações do EIA e

do RIMA poderão ser aproveitadas, total ou parcialmente, em novos empreendimentos submetidos ao licenciamento ambiental situados na área de influência do projeto cujo EIA e RIMA se pretenda aproveitar. O aproveitamento de que trata o § 1º fica isento de qualquer ônus para o empreendedor e para o órgão licenciador, desde que citada a fonte”.

Em linhas gerais, nossa proposta de aperfeiçoamento do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura encontra-se em consonância com as disposições contidas no Projeto de Lei do Senado nº 654/2015. Entretanto, entendemos que para alcançar a harmonia necessária ao funcionamento do sistema objeto de proposição legislativa deveria ter sido previsto na referida proposta legislativa um instrumento jurídico que assegurasse a efetiva coordenação interagência e promovesse a eficiência e celeridade do processo. Indubitavelmente, a figura da agência líder, tal qual prevista no sistema jurídico norte-americano, estaria apta a cumprir esse papel fundamental e decisivo para a harmonia do sistema.

4.9 O IBAMA possui o instrumental jurídico necessário para se tornar uma agência líder ambiental?

Propositalmente deixamos para tratar da questão relativa à possibilidade do IBAMA torna-se uma agência líder nesse momento para ter a oportunidade de antes analisar o processo de licenciamento ambiental brasileiro, mormente em relação ao quesito de sua eficiência, à luz da comparação com o modelo norte-americano.

Com relação ao problema da atuação desconcertada entre órgãos e entidades do poder público no processo de licenciamento ambiental, ao que parece já existe a preocupação por parte do IBAMA em estabelecer um diálogo com os demais órgãos interessados, conforme podemos inferir das informações extraídas do seu sítio na Internet, as quais se encontram reproduzidas logo abaixo:

“o IBAMA durante o processo de licenciamento ouve os Órgãos Ambientais (OEMAs) envolvidos no licenciamento e os Órgãos Federais de gestão do Patrimônio Histórico (IPHAN), das Comunidades Indígenas (FUNAI), de

Comunidades Quilombolas (Fundação Palmares), de controle de endemias (Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde), entre outros. Neste contexto, as prefeituras dos municípios afetados e/ou atravessados pelo empreendimento são ouvidas sobre a questão da adequada inserção do empreendimento frente ao Plano Diretor de Uso e Ocupação do Solo do município”.³⁵⁹

Sem embargo, a despeito dos referidos esforços de aproximação institucional, realizados pelo IBAMA, cabe indagar se o seu atual regime jurídico lhe permite exercer as atribuições de uma agência líder do setor ambiental.

Para tanto, o IBAMA precisaria sofrer uma reestruturação institucional de modo a tornar-se, em primeiro lugar, uma verdadeira agência reguladora independente, e, posteriormente, assumir o papel de agência líder?

Rômulo Silveira da Rocha Sampaio propôs a reformulação, não só da estrutura do IBAMA, mas de todo o modelo institucional regulatório brasileiro em matéria ambiental. O fundamento para a referida reforma encontra-se calcado em dois pilares básicos, a saber:

“(1) extinção do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA); (2) criação da Agência Nacional de Proteção Ambiental (ANPA), incorporando o quadro técnico de todos os órgãos e autarquias com atribuição ambiental e dotando-a das características inerentes a essa entidade, em especial: (i) decisão por diretoria colegiada; (ii) conferência de mandato e estabilidade aos diretores durante sua vigência, com vedação a exoneração imotivada; e (iii) vedação explícita a recurso hierárquico impróprio na esfera administrativa. Em outras palavras, trata-se de recomendação normativa com o intuito de fortalecimento do Ibama e demais órgãos e autarquias com atribuições regulatórias em matéria ambiental. O mesmo se propõe para estruturas estaduais e municipais”.³⁶⁰

Os critérios distintivos de uma típica agência reguladora independente são: a) autonomia político-administrativa em relação ao poder central; b) autonomia financeira e orçamentária, c) mandato fixo para os seus dirigentes; e c) independência técnica para dar a palavra final nas matérias de sua competência, categoricamente excluída a possibilidade de recurso hierárquico impróprio.

³⁵⁹ Processo de licenciamento. IBAMA. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/licenciamento-ambiental/processo-de-licenciamento>> Acesso em: 5 Jan 2016.

³⁶⁰ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Regulação ambiental. In: Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar/Org. Sergio Guerra. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2014, p.330.

Consideramos que a escolha pelo modelo de agência reguladora independente e autônoma precisa ser feita com base na avaliação entre os custos e benefícios decorrentes, conforme as peculiaridades e necessidades de cada setor.

Nessa linha, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo faz a seguinte ponderação:

“entre os principais desafios de uma agência reguladora destacam-se: (i) a obtenção de informações (em função da informação assimétrica entre regulador e regulados); (ii) a redução da discricionariedade das decisões regulatórias; e (iii) o desenvolvimento de mecanismos otimizados de arbitragem dos interesses contrapostos ou de integração de interesses sub-representados. Esses objetivos, no entanto, não se limitam ao modelo de agências reguladoras, mas sim a todo e qualquer órgão regulador. Em função das características peculiares que dão azo à formação de uma agência independente e autônoma, nem sempre todo órgão regulador seguirá esse formato (sobretudo, porque envolve custos muito substanciais, o que poderá ser desproporcional em relação a seus respectivos benefícios). E isso é desejável, desde que parâmetros mínimos de atuação governamental sejam observados, entre os quais os listados no parágrafo acima. Aliás, diversos países alternam modelos (com órgãos independentes ou “centralizados”, caso em que há controle hierárquico, ou, às vezes, com uma conjugação que permite uma interação das duas formas) a depender do setor”.³⁶¹

Decerto, a adoção da modelagem de agência reguladora independente não é imprescindível para o exercício das atribuições e responsabilidades próprias de uma *lead agency*, conforme estabelecidas no sistema jurídico norte-americano.

Assim, a questão de fundo está em se saber quais são os motivos que levam a escolha do modelo de agência independente no âmbito da estrutura da Administração norte-americana.

Nesse particular, Marçal Justen Filho leciona que:

“a não-independência das agências executivas pode justificar-se em virtude da própria natureza das competências de que são titulares. Afinal, incumbindo-lhes prover material e juridicamente, de modo direto, a satisfação do interesse, aplica-se a regra geral de uma atividade submissa às determinações hierárquicas das autoridades de maior hierarquia. Já a independência no desempenho de atividades regulatória deriva da necessidade de providenciar uma espécie de escudo, destinado a evitar que essa modalidade de intervenção no domínio econômico e social seja comprometida pela influência de fatores políticos secundários. No entanto,

³⁶¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.192-194

nem sempre se vislumbra como indispensável essa autonomia, o que leva à possibilidade do surgimento de agências dotadas de competências reguladora, mas destituídas do regime de independência”.³⁶²

Não obstante, a partir da análise comparativa realizada ao longo da presente dissertação, podemos inferir que, no exercício de suas atribuições de coordenação e supervisão de sistemas ou processos administrativos específicos, a agência líder, em regra, é plenamente autônoma no que concerne à tomada de decisões.

Por um lado, levando em conta as peculiaridades do sistema jurídico-político nacional, consideramos que a atribuição ao IBAMA de autonomia em relação ao governo central poderia criar a blindagem necessária a evitar a ocorrência de ingerências de ordem política, ou ideológica, extremamente prejudiciais à legitimidade e à eficiência do processo de licenciamento ambiental³⁶³. Não podemos jamais perder de vista que empreendimentos de infraestrutura, mormente os de grande porte, sempre trazem consigo muitos interesses, alguns, inclusive, inconfessáveis, por parte de alguns setores.

Acresce que, conforme conclusão extraída da análise empírica qualitativa realizada pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (CPJA), já estudada em tópico anterior, “a independência (ou distância do membro eleito do Executivo) do órgão legislador em relação ao Executivo reduz os prazos de deferimento”³⁶⁴ do licenciamento ambiental, demonstrando com isso ser esta uma escolha mais eficiente e, portanto, racional sob o aspecto econômico, e próxima do chamado “ótimo de Pareto”.

Sem embargo, fazendo uma abordagem sob a ótica da ciência política, apostamos mais na mudança da cultura institucional no âmbito da Administração, no sentido do reconhecimento de autonomia técnica ao IBAMA, em razão do exercício das atribuições e assunção da posição de agência líder ambiental federal.

Com a consolidação da cultura da autonomia técnica do IBAMA, consideramos que será possível construir o referido distanciamento político do “membro eleito do Executivo”, apontado acima como fator de redução de prazos de tomada de decisão no processo de licenciamento.

³⁶³ Estamos falando de anéis burocráticos, patrimonialismo, clientelismo, fisiologismo.

³⁶⁴ Desafios e oportunidades para o aprimoramento dos sistemas de licenciamento ambiental no Brasil: uma análise jurídica e institucional. Disponível em: <<http://cpja.fgv.br/>> Acesso em: 4 Jan 2016.

De qualquer forma, precisamos ter em mente que uma agência reguladora independente, mas totalmente *aparelhada*³⁶⁵, na verdade só é independente no papel. Com isso, estamos querendo dizer que a mudança da cultura institucional é mais importante do que a instituição de um regime jurídico que na prática não seja observado.

Tratando sobre a questão da interação entre a regulação do ambiente institucional e comportamento racional dos atores internos e externos, no que concerne aos aspectos estratégico e cultural, Hall, Peter e Taylor R., fazem os seguintes comentários:

“os enfoques “calculador” e “cultural” da relação que liga as instituições à ação constata ambas que as instituições influenciam a ação ao estruturarem as expectativas relativas às ações futuras dos outros atores, ainda que os modelos que propõem da origem dessas expectativas sejam ligeiramente diferentes. Num caso, a teoria afirma que essas expectativas são determinadas por aquilo que o outro ator deveria considerar viável do ponto de vista instrumental; no outro, elas são tidas como determinadas pelo que o outro ator deveria considerar apropriado do ponto de vista social. Nessas condições, há espaço para um diálogo fecundo. Da mesma forma, não seria difícil para os praticantes dos enfoques calculador e cultural reconhecerem que uma boa parte dos comportamentos são estratégicos ou guiados por objetivos, mas que a gama de possibilidades visadas por um ator estratégico é suscetível de estar circunscrito por uma cultura voltada para o que é apropriado fazer. Um certo número de teóricos já começaram a integrar noções estratégicas e culturalistas nas suas análises, tornando tais sínteses muito promissoras. Numa análise pautada na teoria da escolha racional, David Kreps, ao estudar o modo como as organizações absorvem e regulam os comportamentos dos seus empregados, amplia seu tratamento do tema de maneira a englobar a “cultura organizacional”, definida como um conjunto de modelos de ação coletivos. Afirma ele que tais “culturas” podem agilizar eficazmente os mecanismos tradicionais de observação e de regulação de que dispõe uma organização, em particular quando ela não tem condições para definir imediatamente os comportamentos apropriados a todas as eventualidades. Outros pesquisadores da escola da escolha racional começaram a integrar nos seus trabalhos a “cultura” ou as “crenças” para explicar porque os atores se orientam para uma situação dada quando uma análise convencional define vários equilíbrios possíveis. Geoffrey Garrett e Barry Weingast, por exemplo, afirmam que as normas ou as ideias beneficiadas por um ambiente institucional dado fornecem amíúde os pontos locais que permitirão aos atores racionais convergirem em direção de um único dos diversos equilíbrios possíveis. Numa análise particularmente sugestiva dos jogos com equilíbrios múltiplos, Fritz Scharpf mostra como o comportamento pode ser determinado simultaneamente por “regras de decisão” que representam os incentivos que as instituições podem propor aos atores considerados como calculadores racionais, e pelos “estilos de decisão” desses atores, pelo que se pode compreender as crenças relativas aos

³⁶⁵ Sobre a questão do aparelhamento das agências cf. FREITAS, Rafael Vêras. Um Brasil Desregulado: agências reguladoras viraram braços dos ministérios aos quais se encontram vinculadas. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniaio/um-brasil-desregulado-11612038>> Acesso em: 20 nov 2015.

comportamentos apropriados que constituem o objeto das análises culturalistas”.³⁶⁶

Por fim, diferentemente do que muitos autores nacionais parecem acreditar, ressaltamos que as agências verdadeiramente independentes no sistema norte-americano estão longe de ser consideradas como regra, uma vez que se apresentam em número bem reduzido³⁶⁷.

4.10 A aplicação pragmática do estudo do direito comparado: o aperfeiçoamento do direito nacional

A esta altura nossa maior preocupação é nos manter dentro dos limites e contornos do tema-problema apresentado e da hipótese proposta, à luz do referencial teórico cuidadosamente escolhido, a racionalidade econômica.

Nesse desiderato, recorro às lúcidas reflexões e advertências de José Cretella Júnior, exaradas nos seguintes termos:

³⁶⁶ HALL; PETER; TAYLOR, R. Political Science and the three New Institutionalisms. Publicado originalmente em Political Studies, dec. 1996, pp.220-221. Texto original: “both the ‘calculus’ and ‘cultural’ approaches to the relationship between institutions and action observe that institutions affect action by structuring expectations about what others will do, even if they model the sources of those expectations slightly differently. In one case, those expectations are said to be shaped by what should seem instrumentally viable to the other actor; in the other they are said to be shaped by what should seem socially appropriate to the other actor. There is room for a useful dialogue here. Similarly, it would not be difficult for proponents of the calculus and cultural approaches to acknowledge that a good deal of behavior is goal-oriented or strategic but that the range of options canvassed by a strategic actor is likely to be circumscribed by a culturally-specific sense of appropriate action. A number of analysts have already moved some distance in this direction in such a way as to suggest that considerable promise may lie in such syntheses. In what might otherwise be a conventional rational choice analysis of how organizations monitor and enforce behavior among their employees, for instance, Kreps extends the argument to encompass ‘corporate culture,’ understood as a set of collective templates for action. He argues that such ‘cultures’ can be an efficient supplement to the traditional monitoring and enforcement mechanisms of an organization, especially when the latter cannot readily specify appropriate behavior for all contingencies. Other rational choice analysts have begun to incorporate ‘culture’ or ‘beliefs’ into their work to explain why actors move toward one outcome when a conventional analysis specifies many possible equilibrium outcomes. Garrett and Weingast, for example, argue that the norms or ideas fostered by a particular institutional environment often provide the ‘focal points’ that allow rational actors to converge on one among many possible equilibria. In an especially intriguing analysis of games with multiple equilibria, Scharpf shows how behavior might be determined jointly by both the ‘decision rules’ that represent the incentives institutions provide to the actors as rational calculators and the ‘decision styles’ of those actors, which can be interpreted to mean the beliefs about appropriate behavior that cultural analysts emphasize”.

³⁶⁷ Para Breyer, Stewart, Sunstein e Spitzer, o rol de *independent agencies* nos Estados Unidos se resumiria as seguintes agências setoriais: *Civil Aeronautics Board*, *Federal Communications Commission* (FCC), *Federal Maritime Commission* (FMC), *Federal Trade Commission* (FTC), *National Labor Relations Board* (NLRB), *Nuclear Regulatory Commission* (NRC), *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), *Securities and Exchange Commission* (SEC) apud JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p. 69. Segundo J. Ramon Parada Vazquez podemos acrescentar a lista de agências independentes norte-americanas: a *Federal Power Commission* e a *Securities and Exchange Commission* (cf. VÁZQUEZ, J. Ramón Parada. *Administraciones independientes y estado regulador*. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo\ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135).

“quando, num dado momento de estudos e meditação, o jurista se recolhe ao gabinete e empreende a redação sistemática de cursos, compêndios, lições ou tratados, o primeiro cuidado que deve ter é o de assinalar os limites de sua disciplina, evitando, tanto quanto possível, a penetração no campo de matéria afim”.³⁶⁸

De acordo com os objetivos gerais desta dissertação, e partindo de nossa análise comparada, mas também sob os signos da prudência e comedimento, propomos o aperfeiçoamento do sistema jurídico doméstico por meio da incorporação do instituto da agência líder, conforme concebido pelo direito norte-americano para o processo de avaliação ambiental.

Essa proposta objetiva principalmente a superação dos problemas ocasionados pela estrutura policêntrica do Estado, com foco na atuação consensual da Administração e na coordenação entre agências e órgãos governamentais, a exemplo do que já ocorre em diversos setores da Administração pública norte-americana.

O fundamento da adoção de tal modelo está na racionalidade econômica, demonstrada a partir da redução dos custos de transação decorrentes dos processos decisórios da Administração.

Em relação a nosso objetivo específico que corresponde ao tema-problema desta dissertação, propomos a adoção do modelo de processo de avaliação ambiental de projetos e empreendimentos vigente no sistema jurídico norte-americano, baseado na cooperação interagências e na figura central da agência líder, objetivando a promoção da eficiência, em prol do desenvolvimento econômico do país e do bem-estar da população.

Em suma, nossa proposta específica de aperfeiçoamento do arranjo institucional do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil passa pela adoção dos pontos expostos a seguir.

³⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo comparado. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1990, Apresentação.

4.11 A introdução do instituto da agência líder no Brasil

A adoção da modelagem institucional de governança do processo de avaliação ambiental norte-americano, centrada na figura da agência líder, deverá demandar a edição de uma lei formal, prevendo o referido arranjo jurídico-institucional, na forma de uma moldura (*framework*) adaptável às necessidades específicas e peculiaridades de cada setor da Administração.

Dessa forma, a referida lei formal funcionaria como uma norma geral, e como tal poderia ser complementada pela legislação infralegal, que viria a estabelecer as disposições específicas para dar efetividade ao instituto da agência líder nos setores em que seja desejável e oportuna a implantação do mesmo, a critério da Administração.

Destarte, a atuação do Poder Legislativo estaria restrita à introdução ao sistema jurídico doméstico do instituto estrangeiro, estabelecendo apenas seus contornos básicos, cabendo à Administração a avaliação da oportunidade e conveniência da escolha dos setores específicos, do estabelecimento dos contornos normativos e do momento da efetiva regulamentação concreta do instituto.

Nesse desiderato, propomos que o primeiro setor a ser contemplado com a introdução do instituto da agência líder seja o ambiental, o qual poderia servir, inclusive, de balão de ensaio para a experimentação do modelo em nosso sistema jurídico.

Tendo em vista que conforme a concepção do federalismo regulatório brasileiro, a União, os Estados, o Distrito Federal e municípios possuem competência comum para legislar sobre direito administrativo, nos termos do texto constitucional, a referida lei federal instituindo a agência líder poderia servir de fonte de inspiração e nortear os legisladores dos demais entes federativos.

No que concerne aos licenciamentos de competência de mais de um estado ou município, em observância ao princípio federativo, sugerimos a adoção das soluções encontradas pela agência ambiental do Estado de Nova York (*New York State Department Environmental Conservation*), no sentido da celebração de atos convencionais (acordos de cooperação e memorandos de entendimento - MoU), entre os entes federativos interessados

no licenciamento do empreendimento específicos e previamente estabelecidos como rotineiros.

Conforme já visto anteriormente em nossa análise comparativa, o *New York State Department Environmental Conservation* (DEC), possui regulamento específico para as hipóteses em que agências federais ou de outros estados tenham competência concorrente em relação a um mesmo projeto ambiental analisado pelo DEC, o *State Environmental Quality Review* (SEQR), o qual visa a promover a cooperação interagências no referido processo de avaliação ambiental.

Conforme preceituado pelo SEQR, nos casos de projetos recorrentes ou rotineiros, que envolvam o mesmo grupo de agências estaduais ou federais, pode ser estabelecida uma pré-identificação da agência líder apropriada por meio de acordos de cooperação ou memorandos de entendimento (MoU). Desta forma, a cada vez que um projeto previsto no acordo de cooperação ou memorando de entendimento é apresentado para aprovação, a agência pré-identificada assumirá automaticamente a condição de agência líder, conforme convencionado pelas partícipes do respectivo ajuste.

Da mesma forma, podem ser celebrados atos convencionais entre agências, órgãos e entidades federais e estaduais, para a designação *ad doc* da agência líder no caso de não haver acordo prévio abrangendo um determinado empreendimento específico.

Destarte, mesmo estando envolvidos atores de esferas de governo diferentes, o princípio federativo não pode ser considerado um obstáculo intransponível à introdução do instituto da agência líder no âmbito do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil, uma vez que pode ser superado por uma atuação da Administração baseada nos parâmetros da consensualidade.

Com efeito, a adoção do modelo da agência líder é sem dúvida a principal proposta deste trabalho, sem a qual não acreditamos que, *per se*, as demais propostas de aperfeiçoamento do sistema jurídico doméstico possam lograr êxito.

4.12 A adoção do modelo de processo simplificado de avaliação ambiental norte americano

Outra proposta que consideramos também muito importante para a promoção da eficiência no setor é a adoção do modelo norte-americano de processo simplificado de avaliação ambiental de projetos ou empreendimentos.

O referido processo simplificado de avaliação ambiental prevê a emissão inicial de uma Declaração de Exclusão Categórica de Impacto Ambiental, ou, em caso de dúvida, de uma Avaliação Ambiental, seguida de uma Declaração Negativa de Significância de Impacto Ambiental, ou conforme o caso, de uma Declaração de Impacto Ambiental, a qual deverá prever de uma só vez todas as condicionantes e medidas mitigatórias ambientais, porventura exigíveis. Com isso, pretendemos pôr fim ao complexo e ineficiente sistema trifásico de licenciamento ambiental de empreendimentos (LP, LI e LO), atualmente em vigor.

Sistematizando o que foi dito no parágrafo anterior, o processo de avaliação ambiental previsto na NEPA pode culminar em três soluções diferentes, a saber: a) a exclusão categórica de significância do impacto; b) a emissão de declaração de avaliação ambiental, ou c) a emissão de declaração de impacto ambiental.

A exclusão categórica destina-se aos projetos em relação aos quais não se vislumbram impactos ambientais significativos, seja avaliando-os de forma isolada, ou cumulativamente com outros projetos.

A avaliação ambiental (EA) é elaborada quando não é o caso de uma exclusão categórica, e a agência ambiental responsável ainda não teve como determinar se o projeto proposto terá como consequência impactos ambientais significativos. Se, por acaso, nas conclusões da avaliação (EA) não for encontrado nenhum impacto significativo, o processo de avaliação ambiental é encerrado com a emissão de uma declaração negativa de impacto significativo (FONSI), sendo arquivada junto com a documentação de sua análise contida na avaliação ambiental (EA). Caso seja verificado, como resultado da avaliação ambiental (EA), a possibilidade de ocorrência de impactos significativos ao meio ambiente, será necessária a emissão de uma declaração de impacto ambiental (EIS).

A declaração de impacto ambiental (EIS) é o nível mais aprofundado de análise, que normalmente é reservada para a análise dos projetos propostos que deverão resultar em significativo impacto ambiental.

4.13 A avaliação do custo-benefício de se atribuir o regime jurídico de agência reguladora independente ao IBAMA

Conforme já tratado em tópico anterior, apresentamos proposta no sentido de que seja avaliado o custo-benefício de se atribuir ao IBAMA o regime jurídico de agência reguladora independente, o qual compreende: a) autonomia político-administrativa em relação ao poder central; b) autonomia financeira e orçamentária, c) mandato fixo para os seus dirigentes; e c) independência técnica para dar a palavra final nas matérias de sua competência, categoricamente excluída a possibilidade de recurso hierárquico impróprio versando sobre as mesmas.

Propomos, ainda, que o mesmo regime jurídico que seja adotado para o IBAMA seja também estendido aos demais órgãos ambientais das demais unidades da federação; logicamente observado o princípio da reserva do possível.³⁶⁹

4.14 A adoção do modelo norte-americano de participação efetiva e qualificada para as comunidades indígenas brasileiras

A adoção do modelo norte-americano de participação efetiva e qualificada para as comunidades ou tribos indígenas brasileiras, com base no estabelecimento por parte da

³⁶⁹ Segundo Ana Paula de Barcellos “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”. (BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.). No entanto, em recente julgamento, nos autos do RE 592.581, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, manifestou-se no sentido de que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Sem embargo, a nosso ver o novel entendimento do STF não extrai do princípio da reserva do possível sua essência discricionária, cujo espécie está inserida na modalidade de discricionariedade de planejamento do direito espanhol.

FUNAI de políticas públicas para promover a organização dos povos indígenas, sob a supervisão do órgão indigenista.³⁷⁰

Consideramos imprescindível para que todos os interesses e posições em jogo no processo de licenciamento ambiental sejam defendidos e negociados de forma adequada assegurar uma participação efetiva e qualificada daqueles que representam legitimamente tais interesses. Além do mais deve ser garantida uma participação oportuna, realizada no momento certo.³⁷¹

O que se pretende evitar com adoção da medida proposta é a quase absoluta ausência de representatividade das comunidades indígenas³⁷² afetadas por externalidade negativas decorrentes de empreendimentos de infraestrutura.

Conforme decretado pelo próprio texto constitucional, aos povos indígenas são direitos relacionados ao reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.³⁷³

³⁷⁰ Não vemos porque os órgãos do Ministério Público Federal, que sejam especializados em assuntos ligados às populações indígenas, não poderiam participar dessa empreitada, em atuação conjunta com a FUNAI.

³⁷¹ De que adianta convocar uma audiência pública para discutir com tribos indígenas afetadas por um empreendimento antes da ciência dos mesmos acerca da manifestação da FUNAI acerca dos impactos culturais e antropológicos. Sem dados concretos para reforçar sua posição os índios estarão indo desarmados para essa guerra. O mesmo entendimento aplica-se à participação no processo de licenciamento das associações de pescadores, populações ribeirinhas, etc. A oportunidade certa da participação no processo é determinado pelo momento em que os referidos grupos tenham alcançado um nível ótimo de informações, imprescindível à eficácia da defesa de seus interesses e posições. Com base nessa premissa a agência líder poderia determinar, em cada caso, qual o momento oportuno de participação dos mesmos.

³⁷² Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o substantivo 'índios' é usado pela CF de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. (...) Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica" (Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009, Plenário, DJE de 1º/7/2010).

³⁷³ De acordo com o artigo 231 da CRFB de 1988: "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Destarte, com base na Lei Fundamental, qualquer construção em terras indígenas de empreendimentos ligados ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, à pesquisa e à lavra das riquezas minerais, só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas.

Acresce que, conforme disposto no artigo 15 da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, promulgado pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, *in verbis*:

“Artigo 15: 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

Destarte, ao tratar da problemática em torno do consentimento prévio que deve ser dado ao Congresso Nacional por comunidades indígenas, para a autorização da exploração do potencial hidráulico nas terras tradicionalmente ocupadas pelos mesmos, Rogério Nunes Anjos Filho comenta que:

“vale registrar, ainda que rapidamente, que a construção causou uma série de outros danos diretos e indiretos, e os seus efeitos práticos foram devastadores para os índios. Como se não bastasse, o segundo requisito constitucional previsto no §3º do artigo 231 também foi violado nesse processo, já que os índios não foram ouvidos. Na verdade, nem poderiam dar

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º”

um consentimento informado diante das suas características peculiares, pois se trata de um grupo à beira da extinção, com poucos membros, sendo que a maior parte ainda isolada, sem contato com a FUNAI. Foi feita apenas uma audiência pública com a participação de vários órgãos, e, ao final, a autorização foi concedida. Como em nenhum momento da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo no Congresso Nacional foi questionada a ausência de oitiva da comunidade indígena, pode-se presumir que aquela Casa legislativa entendeu que a exigência constitucional em tela foi considerada suprida pela audiência pública, tese que, obviamente, não encontra nenhum amparo na Constituição. Também não encontra amparo na Lei Maior a tese adotada pelo Congresso Nacional no sentido de que a oitiva da comunidade indígena pode ser posterior à autorização. A oitiva da comunidade indígena atingida é uma espécie de consentimento prévio e informado. Por isso, nos termos constitucionais, a consulta deve ser precedida de medidas voltadas ao melhor esclarecimento possível da comunidade acerca da exploração que se pretende fazer e dos impactos diretos e indiretos que a mesma pode causar. Isso torna necessária a ampla divulgação do projeto detalhado da exploração, bem como a elaboração dos estudos exigidos pelo ordenamento jurídico, dentre os quais não só o estudo prévio de impacto ambiental expressamente previsto na Constituição (art. 225, §1º, IV) mas também um estudo prévio de impacto antropológico. Tais estudos devem ser apresentados à comunidade, que pode solicitar a sua complementação ou outros esclarecimentos quaisquer.³⁷⁴”

Ainda segundo Rogério Nunes Anjos Filho:

“a posição dos índios deve se guiar, obviamente, pelos seus processos internos de tomada de decisão. Quando se tratar de um grupo indígena que, por suas peculiaridades, não reúna condições de dar o consentimento prévio e informado, como no caso da incapacidade de compreensão mínima do projeto e dos estudos prévios de impacto ambiental e antropológico, entendemos que a exploração não poderá ser levada adiante, pois o requisito constitucional de oitiva da comunidade afetada não estará satisfeito. No nosso entendimento, a realização da oitiva é da competência exclusiva e indelegável do Congresso Nacional, que deverá exercê-la através de audiências públicas, inclusive na área indígena, para possibilitar a participação de toda a comunidade. Dessa forma, deve acontecer durante o processo de aprovação do Decreto Legislativo, antecedendo, portanto, a autorização do Congresso Nacional, porque não se trata de mera consulta com fins de aconselhamento, mas sim de verdadeira tomada de decisão da comunidade. Possui, assim, caráter decisório e não opinativo. Partindo dessa premissa, caso a resposta dos índios seja negativa, sequer deve haver deliberação do Congresso Nacional”.³⁷⁵

³⁷⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008.

³⁷⁵ Idem.

Concordamos com o posicionamento de que o consentimento dos índios para a construção e exploração de empreendimentos nas terras que tradicionalmente ocupam seja dado com base em seus processos internos de tomada de decisão.

Sem embargo, propomos uma forma de organizar esse processo de tomada de decisão por parte das tribos afetadas pelos impactos de um empreendimento, sendo estabelecida a uma representatividade efetiva, tanto em relação a exigência de oitiva do Congresso Nacional, quanto em relação à fixação do elemento indígena do licenciamento ambiental. E tudo isso seria feito sob a supervisão direta do órgão indigenista (FUNAI).

A propósito da questão da ampliação da representatividade das tribos indígenas no Brasil, foi editado o Decreto nº 8.593, em 17 de dezembro de 2015, criando, no âmbito do Ministério da Justiça, o Conselho Nacional de Política Indigenista (CNPI), órgão colegiado de caráter consultivo responsável pela elaboração, acompanhamento e implementação de políticas públicas voltadas aos povos indígenas.³⁷⁶

³⁷⁶ Nos termos do Decreto nº 8593\2015: “Art. 2º Compete ao Conselho Nacional de Política Indigenista:

I - propor objetivos, princípios e diretrizes para políticas públicas voltadas aos povos indígenas; II - propor prioridades e critérios para a condução da política indigenista, respeitada a legislação em vigor; III - acompanhar a execução das ações das políticas públicas voltadas aos povos indígenas; IV - apoiar a integração e a articulação dos órgãos governamentais e organismos não governamentais integrantes do CNPI que atuem junto aos povos indígenas ou cujas ações possam sobre eles repercutir; V - incentivar a implementação e a harmonização entre as políticas públicas específicas, diferenciadas e direcionadas aos povos indígenas; VI - propor a realização das Conferências Nacionais de Política Indigenista; VII - apoiar a promoção, em articulação com os órgãos de governo e entidades indigenistas, de campanhas educativas sobre os direitos dos povos indígenas e sobre o respeito à sua diversidade étnica e cultural; VIII - propor ações de formação técnica para qualificar a atuação dos agentes governamentais e dos representantes dos povos indígenas na política indigenista; IX - apoiar e incentivar a realização de eventos organizados pelos povos indígenas, especialmente para o debate e o aprimoramento das propostas de políticas a eles dirigidas; X - acompanhar a elaboração e a execução do orçamento da União, no âmbito das políticas públicas voltadas aos povos indígenas; XI - contribuir para a construção de um sistema de informações que integre em uma plataforma única e de fácil acesso as diversas bases de dados existentes sobre população, saúde, educação, territorialidade e outras questões relevantes dos povos indígenas do País; XII - monitorar e, eventualmente, receber e encaminhar, denúncias de ameaça ou violação dos direitos de comunidade ou povo indígena enviadas aos órgãos competentes, recomendando providências; XIII - elaborar seu regimento interno, que deverá ser aprovado pelo Ministro de Estado da Justiça; e XIV - acompanhar propostas normativas e decisões administrativas e judiciais que possam afetar os direitos dos povos indígenas.

Art. 3º O CNPI, observada a paridade entre o Poder Executivo federal e os povos e organizações indígenas e entidades indigenistas, é composto por quarenta e cinco membros, sendo:

I - quinze representantes do Poder Executivo federal, todos com direito a voto;

II - vinte e oito representantes dos povos e organizações indígenas, sendo treze com direito a voto; e

III - dois representantes de entidades indigenistas sem fins lucrativos que atuem há mais de cinco anos na atenção e no apoio aos povos indígenas em nível nacional, com direito a voto.

Art. 4º Na composição estabelecida no art. 3º, deverão ser observados os seguintes critérios:

I - um representante de cada um dos seguintes órgãos do Poder Executivo federal: a) Casa Civil da Presidência da República; b) Ministério da Justiça; c) Ministério da Defesa; d) Ministério da Educação; e) Ministério da Cultura; f) Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; g) Ministério da Saúde; h) Ministério de Minas e Energia; i) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; j) Ministério do Meio Ambiente; k) Ministério do Esporte; l) Ministério do Desenvolvimento Agrário; m) Ministério das Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos; n) Secretaria de Governo da Presidência da República; e o) Fundação Nacional do Índio - Funai; e

II - representantes de povos e organizações indígenas, respeitando suas diversidades étnicas e culturais, assegurada a participação de: a) onze titulares da região Amazônica;

b) nove titulares das regiões Nordeste e Leste; c) cinco titulares das regiões Sul e Sudeste; e d) três titulares da região Centro-Oeste. § 1º Os órgãos e entidades de que trata o inciso I do caput serão representados por seus titulares ou por representantes por eles designados e pelos respectivos suplentes. § 2º Poderão ser indicados dois suplentes para cada representante. (...)

No modelo norte-americano, de acordo com as disposições da NEPA, uma tribo indígena organizada que tenha conhecimentos específicos no que diz respeito a uma determinada questão ambiental pode ser uma agência de cooperação no processo de avaliação ambiental.³⁷⁷

Como já mencionado anteriormente, compete à agência de cooperação auxiliar a agência líder, participando no processo de avaliação ambiental com a apresentação de dados ou informações para a preparação de análises ambientais, incluindo a elaboração de partes da própria avaliação de impacto ambiental, nas quais possua *expertise*, ampliando assim as capacidades interdisciplinares da agência líder.³⁷⁸

Não obstante, cremos que esse seja um segundo passo na busca da eficácia da participação indígena no âmbito do processo de licenciamento ambiental. Em um primeiro momento, urge buscar meios de superação do problema da sub-representação das comunidades indígenas no Brasil, o que concluímos, em análise comparativa, que poderia ser realizado pela promoção da organização dos povos indígenas em associações.

4.15 A criação de associações específicas para os potencialmente afetados por empreendimentos de infraestrutura como forma de superar o problema da sub-representação dos mesmos

§ 5º Os representantes dos povos e organizações indígenas localizados nas regiões de que tratam os incisos I a IV do § 4º serão escolhidos em reuniões convocadas e coordenadas pelas organizações indígenas regionais, assegurada a participação das organizações indígenas estaduais em todo o processo de escolha.

§ 6º As reuniões de que trata o § 5º serão registradas em ata e amplamente divulgadas na área geográfica em que ocorrerão e observarão as regras previstas no regimento interno do CNPI.

§ 7º Os povos e as organizações indígenas responsáveis pela realização das reuniões regionais encaminharão ao Ministro da Justiça, até sessenta dias antes do término do mandato de seus representantes, os nomes dos novos titulares e suplentes, juntamente com os documentos que demonstrem a regularidade do processo de escolha.

§ 8º O Ministério Público Federal será convidado a participar das reuniões previstas no § 5º, as quais deverão ser acompanhadas por representante da Secretaria-Executiva do CNPI. (...)

§ 2º A participação das entidades mencionadas no caput será condicionada à apresentação, na forma do regimento interno do CNPI, dos seguintes documentos: I - atos constitutivos registrados em cartório; II - documentos de nomeação e posse dos seus dirigentes; III - últimos demonstrativos contábeis; IV - declaração de isenção fiscal; e V - inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica. (...)

Art. 6º Representantes da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal terão assentos permanentes nas reuniões do CNPI, sem direito a voto (...)."

³⁷⁷ No processo de avaliação ambiental norte-americano as comunidades indígenas não só são ouvidas pelo poder público, mas participam efetivamente da tomada de decisões, como atores do processo.

³⁷⁸ Decerto, as tribos indígenas brasileiras possuem conhecimentos sobre seu habitat natural que seriam fundamentais para elaboração do EIA/RIMA. Corretamente organizadas, as tribos indígenas poderiam desempenhar esse papel no processo de licenciamento ambiental de empreendimento de infraestrutura brasileiro.

José Afonso da Silva, citado por Lúcia Valle Figueiredo, estabeleceu distinção entre as espécies em que pode ser dividido o direito de participação da sociedade na Administração, nos seguintes termos: “(1) participação direta (direito ao processo decisório), (2) participação orgânica, como a dos trabalhadores, empresários a aposentados na gestão da seguridade social, e, finalmente, (3) direito de participação da comunidade”.³⁷⁹

Para os fins da presente análise, a modalidade do multifacetado direito de participação que mais nos interessa é a do direito de participação da comunidade nos assuntos próprios do Estado.

Sendo assim, propomos que seja fomentada a criação de associações específicas para os potencialmente afetados por externalidades negativas de empreendimentos de infraestrutura, como, por exemplo, os integrantes de comunidades ribeirinhas ou colônias de pescadores na área da Floresta Amazônia, para que os mesmos possam participar de forma efetiva e qualificada da tomada de decisões no futuro processo de avaliação ambiental brasileiro.

Essa medida visa a compensar a patente sub-representação dos indivíduos e comunidades afetadas por externalidades negativas decorrentes da construção e operação comercial de empreendimentos de infraestrutura, como, v.g., as usinas hidrelétricas. Tal participação no processo de licenciamento do empreendimento tornará mais efetiva a defesa de interesses e posições comuns ao grupo.³⁸⁰

Acresce que, a reunião de todos os afetados por externalidades negativas em só grupo deverá facilitar a defesa e a negociação dos interesses em jogo, além de promover a redução dos custos de transação do empreendimento, relacionados aos custos de negociação, evitando-se também a ocorrência de situações conhecidas como *holdout*, conforme descritas por Richard Posner.³⁸¹

³⁷⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração consensual e sua finalidade. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo\ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 384.

³⁸⁰ Conforme as conclusões da análise empírica qualitativa contidas no tópico 1.7.1 desta dissertação, a falta de transparência e de garantias de participação às populações impactadas corresponderam a 8,8% (oito virgula oito por cento) das judicializações no setor.

³⁸¹ Para ilustrar o que seria uma situação de *holdout*, Richard Posner criou o caso hipotético dos proprietários de residências que possuem por lei o direito de estarem livres da poluição produzida por uma fábrica próxima. Caso a fábrica queira ter o direito de poluir terá que adquirir esse direito de todos os proprietários das residências vizinhas. Se apenas 1 em 1000 proprietários recusar os termos desse acordo, os direitos obtidos pela fábrica junto aos outros 999 não valem de nada. Isso porque, aquela única pessoa que está impedindo a transação (*holdout*) pode obter um preço exorbitante para aceitar os termos do acordo, fazendo com que cada um dos proprietários tenha incentivos para protelar a aceitação do negócio com a fábrica na esperança de se tornar o *holdout*. Como resultado, o processo de negociação poderá ser infinitamente procrastinado. (cf. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 8. Ed. Aspen Publishers, p.60)

No sistema jurídico norte-americano, com a constante preocupação dos governos com a participação popular nos assuntos da Administração, ao que parece tal medida não se faz necessária.

A participação popular é muito incentivada nos Estados Unidos, não só pelo apreço que os americanos têm à democracia, mas também como meio de promoção da eficiência nos vários setores regulados. Nesse desiderato, conforme já mencionado em tópico do Capítulo 1, foi editada a Executive Order nº 13563, em 18 de janeiro de 2011, pela Administração do presidente Barack H. Obama, objetivando o aperfeiçoamento do direito da regulação e das regras aplicáveis aos diversos setores da economia, por meio da criação de canais de participação da sociedade na tomada de decisões.

O referido ato normativo norte-americano possui o seguinte teor:

"Ordem Executiva nº 13563: (...) Sec. 2. Participação do público. (a) regulamentos serão adotados através de um processo que envolve a participação do público. Para esse fim, regulamentos devem basear-se, na medida do possível, e conforme previsto em lei, sobre a troca aberta de informações e perspectivas entre autoridades e administrações estaduais, locais e tribais, especialistas em disciplinas relevantes, que afetem as partes interessadas nos setores público e privado como um todo. (b) para promover a troca aberta, cada agência, de acordo com a Ordem Executiva nº 12866 e outros requisitos legais aplicáveis, deve esforçar-se para fornecer ao público a oportunidade de participar no processo de regulamentação. Na medida do possível e permitido por lei, cada agência prestará ao público uma oportunidade significativa de se manifestar através da Internet sobre qualquer proposta de regulamentação, em um período para comentários que via de regra deverá ser de pelo menos 60 dias. Na medida do possível e permitido por lei, cada agência também fornecerá, para as regras propostas e finais, acesso on-line oportuno à pauta de regulamentação no site *regulations.gov*, incluindo descobertas científicas e técnicas pertinentes, em um formato aberto que pode ser facilmente pesquisado e baixado. Propostas de novas regras, devem possibilitar, na medida do possível e permitido por lei, o acesso e a oportunidade de comentar todas as partes relevantes da agenda de regulamentação, incluindo resultados científicos e técnicos pertinentes. (c) antes de emitir um aviso de proposta de elaboração de normas, cada órgão, se exequível e adequado, procurará as opiniões daqueles que são susceptíveis de serem afetados ou beneficiados, por serem potencialmente sujeitos a tal regulamentação (...)"³⁸² (tradução nossa).

³⁸² Texto original: *Executive Order 13563 -- Improving Regulation and Regulatory Review*; "(...) Sec. 2. Public Participation. (a) Regulations shall be adopted through a process that involves public participation. To that end, regulations shall be based, to the extent feasible and consistent with law, on the open exchange of information and perspectives among State, local, and tribal officials, experts in relevant disciplines, affected stakeholders in the private sector, and the public as a whole. (b) To promote that open exchange, each agency, consistent with Executive Order 12866 and other applicable legal requirements, shall endeavor to provide the public with an opportunity to participate in the regulatory process. To the extent feasible and permitted by law, each agency shall afford the public a meaningful opportunity to comment through the Internet on any proposed regulation, with a comment period that should generally be at least 60 days. To the extent feasible and permitted by law, each agency shall also provide, for both proposed and final rules, timely online access to the rulemaking docket on *regulations.gov*, including relevant scientific and technical findings, in an open format that can be easily searched and downloaded. For proposed rules, such access shall include, to the extent feasible and permitted by law, an opportunity

Indubitavelmente, todos os segmentos da sociedade norte-americana (comunidades, indivíduos, empresas e administrações estaduais, locais e de tribos indígenas organizadas) têm acesso a informações precisas e suficientes para participarem efetivamente da gestão da saúde humana e dos riscos ambientais.³⁸³

No mais, a presente proposta poderá, inclusive, ajudar a solucionar também a questão da baixa efetividade dos mecanismos de participação da sociedade durante o processo de licenciamento (como as audiências públicas), a qual tem servido de fundamento para a propositura de inúmeras ações civis públicas contra a construção e operação de empreendimentos.

Com o aperfeiçoamento da representatividade dos grupos diretamente afetados pelo empreendimento, gerando a otimização da defesa de suas posições e interesses, as audiências públicas poderão ter uma participação popular mais qualificada e informada, o que irá facilitar o aprofundamento das discussões de pontos específicos, inclusive os de ordem técnica.

4.16 A adoção de uma política pública de fomento à criação de *think tanks* para o setor ambiental

Também faz parte de nossa proposta o estabelecimento de políticas de fomento à criação de entidades de pesquisa científica, públicas e privadas, objetivando a produção de conhecimento e a inovação tecnológica nas áreas afetas ao meio ambiente. Tais entidades seriam as únicas habilitadas e credenciadas junto ao poder público para elaboração de EIA e RIMA, conforme seus respectivos campos de conhecimentos científico.

O objetivo desse ponto específico da proposta é criar verdadeiros *think tanks*, que, por meio da formação de um corpo técnico-profissional especializado e de uma massa crítica de conhecimento, possuam capacidade para a elaboração de estudos e relatórios de impacto

for public comment on all pertinent parts of the rulemaking docket, including relevant scientific and technical findings. (c) Before issuing a notice of proposed rulemaking, each agency, where feasible and appropriate, shall seek the views of those who are likely to be affected, including those who are likely to benefit from and those who are potentially subject to such rulemaking (...)". Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov>>. Acesso em 20 dez 2014.

³⁸³ Cf. informações contidas no site da EPA na Internet: <www.epa.gov>.

ambiental com base nas melhores e mais eficazes técnicas de produção e de mitigação de impacto ambiental, sempre em consonância com o “estado da arte”.

Para incentivar o intercâmbio de conhecimentos multidisciplinares, fundamental para análise do licenciamento de empreendimentos de infraestrutura, as referidas entidades de pesquisa científica do setor ambiental poderiam estar vinculadas à estrutura de universidades, públicas ou privadas, adotando às mais variadas formas permitidas pelo direito.

Da mesma forma, urge que seja instituída, como etapa imprescindível à conclusão do processo de licenciamento ambiental, avaliação acerca da eficiência econômica do projeto abrangendo os aspectos estático e dinâmico da mesma³⁸⁴.

A propósito, a apresentação de alternativas ao projeto ou empreendimento, baseadas nas melhores técnicas, constitui uma prioridade do processo de avaliação ambiental norte-americano.

De acordo com o procedimento estabelecido pela NEPA, as alternativas em relação a pontos específicos do projeto, caso necessárias, podem ser apresentadas em reuniões preliminares, ou incluídas no texto do *environmental impact statement* (EIS), que consiste em uma avaliação mais detalhada do empreendimento.

A referida medida é potencialmente capacitada a solucionar o problema da baixa qualidade dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA), o qual, conforme os resultados da análise empírica qualitativa realizada pelo Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (CPJA), corresponde a nada menos que 23,5% (vinte e três virgula cinco por cento) das judicializações de questões do setor.³⁸⁵

4.17 O estabelecimento de prazos preclusivos para manifestação dos “órgãos envolvidos” no processo de licenciamento de empreendimentos

A preocupação em serem estabelecidos prazos máximos para a manifestação dos órgãos envolvidos em um licenciamento ambiental é compartilhada por diversos segmentos.

Na esfera federal, foi exarada pelos Ministros do Meio Ambiente, da Justiça, da Cultura e da Saúde, com fundamento nas disposições do artigo 87, parágrafo único, inciso II,

³⁸⁴ A análise da eficiência da alocação de recursos do projeto individualmente considerado deverá estar acompanhada de uma avaliação acerca dos impactos positivos e negativos do empreendimento para a economia, nos âmbitos local, regional e nacional.

³⁸⁵ Vide o tópico 1.7.1 relativo às análises empíricas quantitativas e qualitativas dos atrasos no processo de licenciamento.

da CRFB, e do artigo 14 da Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, a Portaria Interministerial nº 60, de 24 de março de 2015, com vistas a estabelecer procedimentos administrativos que disciplinam a atuação da FUNAI, da Fundação Cultural Palmares (FCP), do IPHAN e do Ministério da Saúde nos processos de licenciamento ambiental de competência do IBAMA.

386

Conforme o referido ato normativo, o IBAMA encaminhará para a direção do setor responsável pelo licenciamento ambiental do órgão ou entidade envolvido, no prazo de até 10 (dez) dias consecutivos, contados da data do requerimento de licenciamento ambiental, a solicitação de manifestação.

Os órgãos e entidades envolvidos deverão encaminhar suas manifestações ao IBAMA no prazo de quinze dias consecutivos, contado da data do recebimento da solicitação de manifestação. Excepcionalmente, mediante requerimento justificado do órgão ou entidade, o IBAMA poderá prorrogar em até 10 (dez) dias o prazo para a entrega da manifestação.³⁸⁷

Expirados os prazos máximos estabelecidos, o Termo de Referência será considerado finalizado e será dado prosseguimento ao procedimento de licenciamento ambiental.

Após o recebimento dos estudos ambientais, o IBAMA, no prazo de trinta dias, no caso de EIA/RIMA, e de quinze dias, nos demais casos, solicitará manifestação dos órgãos e entidades envolvidos.

Excepcionalmente, e mediante justificativa, o órgão ou entidade envolvida poderá requerer a prorrogação do prazo em até quinze dias para a entrega da manifestação ao IBAMA.

A ausência de manifestação dos órgãos e entidades no prazo estabelecido não implicará prejuízo ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença.

Os órgãos e entidades poderão exigir uma única vez, mediante decisão motivada, esclarecimentos, detalhamento ou complementação de informações, com base no termo de referência específico, a serem entregues pelo empreendedor no prazo de até sessenta dias, no caso de EIA/RIMA, e 20 (vinte) dias, nos demais casos.

A contagem do prazo previsto no caput será suspensa durante a elaboração dos estudos ambientais complementares ou a preparação de esclarecimentos, contados da data de comunicação ao empreendedor.

³⁸⁶ Publicada no DOU de 25 de março de 2015, Seção 1, pp. 71-72.

A manifestação dos órgãos e entidades deverá ser conclusiva, apontando a existência de eventuais óbices ao prosseguimento do processo de licenciamento e indicando as medidas ou condicionantes consideradas necessárias para superá-los.

As condicionantes e medidas indicadas na manifestação dos órgãos e entidades deverão guardar relação direta com os impactos identificados nos estudos apresentados pelo empreendedor, decorrentes da implantação da atividade ou empreendimento, e deverão ser acompanhadas de justificativa técnica.

No período que antecede a emissão das licenças de instalação e operação, o IBAMA solicitará, no prazo de até 15 (quinze) dias consecutivos, contados da data de recebimento do documento pertinente, manifestação dos órgãos e entidades envolvidos quanto ao cumprimento das medidas ou condicionantes das licenças expedidas anteriormente e quanto aos planos e programas pertinentes à fase do licenciamento em curso.

O prazo para manifestação dos órgãos e entidades envolvidos será de, no máximo, 60 (sessenta) dias, contados da data de recebimento da solicitação do IBAMA.

Os órgãos e entidades poderão exigir uma única vez, mediante decisão motivada, esclarecimentos, detalhamento ou complementação de informações, a serem entregues pelo empreendedor no prazo de trinta dias.

A contagem dos prazos será suspensa durante a elaboração dos esclarecimentos, detalhamento ou complementação de informações, a partir da data de comunicação ao empreendedor.

Os órgãos e entidades federais envolvidos no licenciamento ambiental deverão acompanhar a implementação das medidas e condicionantes incluídas nas licenças relacionadas às suas respectivas áreas de competência, informando ao IBAMA eventuais descumprimentos e inconformidades em relação ao estabelecido durante as análises prévias à concessão de cada licença.

Para dar cumprimento às disposições da Portaria Interministerial nº 60/2015, os órgãos e entidades envolvidos e o IBAMA deverão publicar em seus *sites* na Internet os dados e as informações necessárias ao licenciamento ambiental, disponibilizar ferramenta que comprove a autenticidade e a data da última atualização das informações e fornecer documento de comprovação ao requerente.

O IBAMA, na qualidade de autoridade licenciadora, conforme disposto no artigo 13 da Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, realizará avaliação de conformidade das exigências e dos impactos da atividade ou do empreendimento objeto de licenciamento, e deverão ser

incluídas nos documentos e licenças pertinentes do licenciamento somente aquelas que guardem relação direta com os impactos decorrentes da atividade ou empreendimento.

Caso o IBAMA entenda que as exigências indicadas nas manifestações dos órgãos envolvidos não guardam relação direta com os impactos decorrentes da atividade ou do empreendimento, comunicará à direção máxima do órgão ou entidade envolvido para que esta justifique ou reconsidere sua manifestação no prazo de cinco dias consecutivos.

Findo o referido prazo, com ou sem recebimento da justificativa, o IBAMA avaliará e decidirá motivadamente.

As exigências de complementação oriundas da análise da atividade ou do empreendimento, bem como dos estudos, planos e programas devem ser comunicadas pelos órgãos e entidades envolvidos de uma única vez ao empreendedor, na fase de apreciação do documento, ressalvadas aquelas decorrentes de fatos novos, conforme disposto no § 1º do artigo 14 da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.

Não obstante, em nossa proposta, deverão ser estabelecidos prazos máximos de tomada de decisão e conclusão de etapas do processo de licenciamento, assim como de apresentação de manifestações pelos órgãos ou entidades públicos envolvidos de outros setores (indígena, saúde pública, cultura, proteção ao patrimônio histórico e paisagístico, energia elétrica, recursos hídricos), cujo descumprimento acarretaria, a critério da agência líder, desde a preclusão da possibilidade de manifestação das agências participantes, a expedição de licenciamento provisório do empreendimento, e a vedação do estabelecimento de novos requisitos ou condicionantes ambientais.

A decisão relacionada à expedição de licenciamento provisório e à vedação de novos requisitos ou condicionantes será tomada pela agência líder exclusivamente com base em critérios técnicos, pautados na essencialidade e adequação da medida para a proteção e conservação do meio ambiente. Dessa forma, entendemos que a proposta em tela é perfeitamente compatível com os princípios da prevenção e precaução³⁸⁸, os quais deverão servir de balizadores fundamentais para a referida avaliação a cargo da agência líder.

³⁸⁸ Distintamente do princípio da prevenção, de acordo com o princípio da precaução, mesmo inexistindo certeza científica ou consenso, o mero risco de ocorrência de dano ambiental deve ser efetivamente levado em consideração. Nesses termos, diante de dúvida em relação à essencialidade ou adequação da medida apresentada intempestivamente, a agência líder deverá privilegiar a proteção ao meio ambiente, aplicando o *"in dubio pro ambiente"* (ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do meio ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p.63).

4.18 A criação de um procedimento de solução consensual de conflitos dentro do processo de licenciamento ambiental brasileiro

Conforme já mencionado em tópico anterior, a principal conclusão do estudo de caso contido na análise empírica quantitativa apresentada no Capítulo 1 desta dissertação consistiu no fato de que o Poder Judiciário tem funcionado como única instância de solução de controvérsias, ante a absoluta ausência, ou ineficácia, de canais próprios dentro do processo de licenciamento ambiental.

Indubitavelmente, a ausência de mecanismos eficazes de solução de controvérsia no âmbito do processo de licenciamento ambiental de empreendimentos de infraestrutura no Brasil desloca a discussão da instância administrativa para o Poder Judiciário.

Decerto, não é desejável o reexame judicial de políticas públicas que digam respeito à construção ou implantação de empreendimentos de infraestrutura, estando ausentes limites e parâmetros claros para balizar a respectiva revisão por parte do Poder Judiciário.

Ao contrário, como já mencionado em um tópico anterior, entendemos que a judicialização de tais questões deve ser evitada tanto quanto possível, devendo ser criados canais de resolução de conflitos dentro do próprio processo de licenciamento ambiental brasileiro, mormente no tocante aos empreendimentos de infraestrutura.

Destarte, com base em técnicas próprias do direito comparado, propomos o aperfeiçoamento da legislação doméstica por meio da incorporação do procedimento de resolução de conflitos no âmbito do processo de avaliação ambiental previsto no SAFETEA-LU.³⁸⁹

O referido regulamento, baixado com fundamento na NEPA³⁹⁰, estabelece um procedimento formal para a resolução de controvérsias graves que possam atrasar a conclusão do processo ou resultar em uma negativa de uma aprovação necessária para o licenciamento do empreendimento.

O referido procedimento pode ser instaurado a qualquer momento por solicitação do patrocinador do projeto ou do Governador do Estado em que se localiza o empreendimento.

³⁸⁹ Ato regulamentar já estudado em tópico anterior, o qual regulamenta o processo de avaliação ambiental no âmbito das agências federais norte-americanas dos setores de transportes rodoviário (FHWA) e de planejamento de trânsito (FTA).

³⁹⁰ National Environmental Policy Act of 1969 (Pub. L. 91-190, 42 U.S.C. 4321-4347, January 1, 1970, as amended by Pub. L. 94-52, July 3, 1975, Pub. L. 94-83, August 9, 1975, and Pub. L. 97-258, § 4(b), Sept. 13, 1982

Normalmente, o procedimento de resolução de conflitos se encerra por meio de um acordo sob a forma de documento escrito e assinado pelos interessados, com vistas a permitir a emissão da licença ou outra autorização necessária ao empreendimento.

A resolução de conflitos sobre questões substanciais do processo de avaliação ambiental pode ser feita por mediadores neutros e qualificados na área objeto da controvérsia.

Em relação a discordâncias menos importantes (que não tenham o condão de atrasar o processo ou produzir uma negativa de uma autorização necessária ao empreendimento), as agências líderes, após ouvir as agências participantes, tem competência para tomar a decisão de prosseguir com o processo, pondo fim à respectiva controvérsia.

Nos casos em que não haja viabilidade de acordo entre os interessados, poderia ser atribuída competência à agência líder para arbitrar uma solução para a controvérsia, fundamentada em precedentes de decisões anteriores e argumentos técnicos de ampla aceitação.

Para corroborar nossa proposta de instituição de um procedimento consensual de resolução de conflitos no âmbito do licenciamento ambiental brasileiro trazemos à colação recomendação contida no relatório do BIRD sobre o setor elétrico, *in verbis*:

“Recomendação nº. 2: Criação e promoção de mecanismos de resolução de conflitos entre os atores do processo de licenciamento. O licenciamento ambiental de grandes empreendimentos tem sido frequentemente judicializado, transferindo para o Poder Judiciário indefinições que deveriam estar sendo equacionadas no âmbito do processo administrativo de licenciamento ambiental. Há que se adotar mudanças estruturais que reduzam a cultura de conflitos (...)”.³⁹¹

Nessa mesma linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona que:

“É chegada, assim, a hora da consensualidade ser levada também à solução dos conflitos pelas amplas vias, já extensa e universalmente desenvolvidas, da conciliação, da mediação e da arbitragem, afastando, de vez a confusão ainda existente entre monopólio da jurisdição, de sentido coercitivo, e monopólio da justiça, em que a força do consenso das partes em conflito é que conduz a uma fórmula de composição”.³⁹²

³⁹¹ Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate. Brasília - BIRD. 2008, p.30. Disponível em <http://www.abce.org.br/downloads/Licenciamento_Ambiental_de_Empreendimentos_BID.pdf> Acesso em 30 dez 2015

³⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo\ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 561.

Acresce que, nossa proposta de estabelecimento de um procedimento não adversarial de resolução de conflitos de interesse no âmbito do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura está em perfeita consonância com o compromisso de natureza político-jurídica assumido pelas mais altas autoridades do país no II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, já mencionado anteriormente.³⁹³

³⁹³ Assunto já abordado no Capítulo 1.

CONCLUSÃO

Conforme já dito anteriormente, levando-se em conta que a ciência jurídica é uma teoria para obtenção de uma decisão, sendo a decisão o ato culminante de um processo de aprendizado³⁹⁴, a própria tensão gerada pelas disfunções do processo de licenciamento ambiental brasileiro, ao mesmo tempo em que torna imperativa a busca de uma solução para o tema-problema, informa e influencia a respectiva decisão.

Dessa forma, considerando-se que as deficiências na área de infraestrutura constituem fatores decisivos para o represamento do desenvolvimento econômico do país, concluímos que o problema poderia, em tese, ser superado com o aperfeiçoamento do arranjo institucional do processo de licenciamento ambiental. O método escolhido para se alcançar tal objetivo é baseado nas técnicas próprias do direito comparado.

Nesse desiderato, decidimos adotar como parâmetro de estudo comparativo o sistema jurídico norte-americano, por considerá-lo como o mais adequado ao caso brasileiro.

Um dos principais motivos dessa decisão é o fato do Brasil já adotar em linhas gerais o modelo de “agencificação” norte-americano, consistente na criação de agências independentes para regular setores específicos da economia. Não se pode perder de vista que o chamado “direito das agências” é considerado como base do direito administrativo nos Estados Unidos.

Destarte, nossa proposta de aperfeiçoamento está fundada na adoção da lógica da atuação coordenada da Administração, por meio da figura central da agência líder, que assegura harmonia ao sistema, a exemplo do que já ocorre no direito norte-americano em diversos setores da economia.

³⁹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Reforma do ensino jurídico: reformar o currículo ou modelo?. In: Cadernos FGVDireitoRio. Educação e Direito v.2 – Rio de Janeiro – Setembro de 2006, p.5

As vantagens na adoção do referido modelo estrangeiro para o processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura no Brasil seriam inúmeras, sendo a principal delas a superação dos efeitos colaterais negativos do policentrismo do Estado Regulador, tais como, a atuação desconcertada da Administração, a escalada de conflitos entre órgãos e entidades e a ineficiência administrativa e econômica.

Por meio da aplicação do referencial teórico da racionalidade econômica, nos foi possível comprovar que, além da superação dos problemas advindos do policentrismo do Estado, o modelo de governança baseado na figura da agência líder traz outras vantagens comparativas, como, por exemplo, a redução dos custos de transação relativos aos empreendimentos de infraestrutura, voltados às atividades de geração e transmissão de energia elétrica, de transporte de mercadorias e pessoas, de escoamento da produção nacional para exportação, etc.

Acresce que, indubitavelmente, os referidos ganhos serão de caráter socioeconômico, uma vez que, em última análise, terão o potencial de promover o crescimento econômico do país, com consequentes avanços no bem-estar e qualidade de vida da população.

Ademais, nossa proposta de solução para o tema-problema poderá aumentar a oferta de investimentos estrangeiros no Brasil, pela maior captação de recursos privados, uma vez que os agentes econômicos e financeiros internacionais terão maiores incentivos para aplicarem seus recursos em empreendimentos sujeitos a um processo de licenciamento mais eficiente, e com o qual têm maior familiaridade, como é o caso do modelo norte-americano de governança baseado na agência líder.

Destarte, com base na análise comparativa com a modelagem institucional do sistema jurídico norte-americano, elaboramos proposta de aperfeiçoamento do processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura brasileiro, em relação aos seguintes pontos:

1) a introdução no sistema jurídico doméstico do instituto da agência líder; o que, necessariamente, irá demandar a edição de uma lei específica prevendo o referido arranjo jurídico-institucional, concebendo-o na forma de uma moldura (*framework*) adaptável às necessidades específicas e peculiaridades de cada setor da Administração, por meio de regulamento;

2) a adoção do modelo de governança do processo de avaliação ambiental norte-americano, baseado na lógica da cooperação interagências e na figura central da agência líder;

3) a adoção do modelo de processo simplificado de avaliação ambiental baseada no modelo de licenciamento único importado do direito norte-americano, o qual prevê: a emissão inicial de uma Declaração de Exclusão Categórica de Impacto Ambiental, ou, em caso de dúvida, de uma Avaliação Ambiental, a qual será seguida de uma Declaração Negativa de Significância de Impacto Ambiental, ou, conforme o caso, de uma Declaração de Impacto Ambiental, que deverá estabelecer de uma só vez todas as condicionantes e medidas mitigadoras ambientais, porventura necessárias;

4) a avaliação de custo e benefício da adoção da modelagem de agência reguladora independente ao IBAMA, e demais órgãos ambientais de outros entes da federação, para que os mesmos disponham do instrumental jurídico necessário ao desempenho das funções próprias de agência líder, em suas respectivas esferas de competência;

5) a adoção do modelo de participação efetiva, qualificada e oportuna para as tribos indígenas no processo de licenciamento, com base no estabelecimento por parte da FUNAI de políticas públicas para promover a organização dos povos indígenas em associações;

6) a promoção da criação de associações destinadas aos potencialmente afetados por externalidades negativas decorrentes de empreendimentos de infraestrutura, como, *verbi gratia*, os integrantes de comunidades ribeirinhas ou colônias de pescadores localizadas na área da Floresta Amazônia, para que os mesmos também possam participar de forma efetiva, qualificada e oportuna da tomada de decisões no processo de avaliação ambiental, evitando, inclusive, situações de *holdout*;

7) o fomento à criação de entidades de pesquisa científica, públicas e privadas, objetivando a produção de conhecimento e a promoção da inovação tecnológica nas áreas afetadas ao meio ambiente. Tais entidades seriam as únicas habilitadas e credenciadas junto ao poder público para elaboração de EIA e RIMA, conforme seus respectivos campos de conhecimentos científico. Da mesma forma, propomos que seja instituída uma análise prévia obrigatória acerca da eficiência econômica do projeto, para a concessão do licenciamento ambiental do empreendimento. Com isso, pretendemos tornar o licenciamento ambiental instrumento, não só de proteção ao meio ambiente, mas também de desenvolvimento econômico, por meio da utilização racional dos recursos naturais;

8) o estabelecimento de prazos máximos de tomada de decisão e conclusão de etapas do processo de licenciamento, e de apresentação de manifestações pelos órgãos ou entidades públicos de outros setores (indígena, saúde pública, cultura, proteção ao patrimônio histórico e paisagístico, energia elétrica, recursos hídricos) envolvidos no processo, cujo

descumprimento acarretaria, a critério da agência líder, desde a preclusão da possibilidade de manifestação até a vedação de inclusão posterior de novos requisitos ou condicionantes ambientais, a critério da agência líder que deverá realizar um juízo de essencialidade sobre os mesmos. Não obstante, a própria agência líder estaria sujeita aos referidos prazos de conclusão do processo, sob pena de expedição de licenciamento provisório do empreendimento; e

9) a instituição de um procedimento eficaz de solução consensual de conflitos dentro do processo de licenciamento ambiental brasileiro.

No mais, entendemos que a introdução do instituto da agência líder no Brasil, conforme é concebido pelo sistema jurídico norte-americano, poderá servir de base à criação do arcabouço jurídico necessário, não só ao aperfeiçoamento do processo de licenciamento ambiental, bem como da própria infraestrutura do país.

Além do mais, consideramos que o processo de licenciamento de empreendimentos de infraestrutura seria um bom laboratório de experimentação e ensaio para a incorporação do novo modelo ao sistema jurídico nacional, para que, em um segundo momento, seja o instituto da agência líder difundido para outros setores da Administração, mormente os ligados às áreas de defesa civil, no gerenciamento de respostas a catástrofes ou situações de emergência, e de defesa nacional, no tocante à coordenação do preparo e emprego conjunto dos contingentes militares das Forças Armadas do país.

Um outro setor onde o modelo da agência líder certamente seria muito útil é o de saúde pública.³⁹⁵ Os modernos institutos de referência do Ministério da Saúde poderiam funcionar como agências líderes no âmbito de suas respectivas áreas de especialidade médico-hospitalar, coordenando as atuações de outros hospitais e unidades de saúde na execução de políticas públicas de saúde, com vistas a promover a harmonia e eficiência do sistema.³⁹⁶

A bem da verdade, as aplicações para o instituto da agência líder, dentro do modelo de governança institucional de cooperação interagências, são provavelmente tão numerosas quanto o são as demandas do Estado brasileiro para com o atendimento do interesse público e das necessidades básicas dos cidadãos, que importem na atuação de mais de um órgão ou entidade públicos.

³⁹⁵ A propósito, a modelagem da agência líder poderia ser muito útil no gerenciamento de situações críticas de saúde pública como, por exemplo, o recente enfrentamento às doenças causadas pelo mosquito *Aedes aegypti* (a dengue, a febre chikungunya e o vírus Zika). Para mais informações sobre o enfrentamento dessa crise vide: <http://combateaedes.saude.gov.br/index.php/sala-de-situacao>.

³⁹⁶ Constituem centros de referência do setor de saúde pública no Brasil, cada qual dentro de sua respectiva especialidade, o Instituto Nacional do Câncer (INCA), o Instituto de Traumatologia e Ortopedia (INTO) e o Instituto Nacional de Cardiologia (INC), os quais de acordo com o critério da prevalência do interesse poderiam ser designadas agências líderes em suas respectivas áreas de especialização médico-hospitalar.

Ao fim e ao cabo, deixo consignado que não temos a ingenuidade intelectual de achar que as propostas contidas neste trabalho serão aceitas com suavidade. Ao contrário, comungamos do pensamento do jurista e filósofo alemão Rudolf von Jhering, no sentido de que mesmo as normas jurídicas mais elementares “tiveram de ser conquistas numa luta árdua até que tivessem aceitação geral e pacífica”, e que, segundo as informações que a história escrita nos ministra, “o nascimento do direito, tal qual o do homem, é acompanhado das dores violentas do parto.”³⁹⁷ Para o avanço das ciências é fundamental que os pesquisadores refutem as ideias prontas e já consolidadas, as quais, decerto, foram forjadas sob a égide desse mesmo processo criativo.³⁹⁸

397 JHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. (tradução: Richard Paul Neto) – Rio de Janeiro: Editora Rio Estácio de Sá. 2002, p.27-28 (título original: *Der Kampf ums Recht*).

398 Como disse o polêmico economista Jonh Maynard Keynes, “a dificuldade não está nas novas ideias, mas em escapar das velhas, que se ramificam, para aqueles que foram criados como a maioria de nós foi, por todos os cantos de nossas mentes” (KEYNES, Jonh Maynard. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. (tradução de Mário R. da Cruz e Paulo de Almeida) – São Paulo: Editora Nova Cultural. 1996, p.29 (título original: *The general theory of employment interest, and Money*)).

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. **Adeus, Montesquieu**. Revista de Direito Administrativo - RDA nº 265 - Rio de Janeiro. Ed. FGV: jan/abr 2014.
- AGUIRRE, Pablo Armando González Ulloa. **El Estado y la globalización ante la nueva crisis internacional**. Polít. cult. no.34 México ene. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422010000200005&script=sci_art_text> Acesso em: 5 jan 2016.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **A "Supremacia do Interesse Público" no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. **Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Número 14 – maio-junho-julho – Salvador. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 11 jan 2016.
- ARAGÃO, Alexandra. **Direito constitucional do meio ambiente da União Europeia**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp.32-76.
- ARIDA, P; BACHA, E.; LARA RESENDE, A. **Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil**. GIAVAZZI; GOLDFAJN; HERRERA (Org.). *Inflation targeting, debt, and the Brazilian experience: 1999 to 2003*. Cambridge, MA: MIT Press, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.
- BARR, Nicholas. **Economics of the Welfare State**. 5th ed.: Oxford University Press, 2012.
- BECK; GIDDENS; LASH. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. (tradução Magda Lopes). São Paulo: Unesp, 1997.
- BECK, Ulrich. **Risck Society: towards a new modernity**. London: Sage, 1993.
- BERNUSSI, Mariana Medeiros. **Os discursos das organizações internacionais e a agenda da educação**. Anais do IV Simpósio de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Programa “San Tiago Dantas” (UNESP, UNICAMP e PUC/SP). Disponível em: <http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/novo/images/simposio/artigos2013/mariana_bernussi.pdf> Acesso em 10 set 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 60. Rio de Janeiro. 2006.
- BIRD. Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. **Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate**. Brasília:

BIRD 2008. Disponível em <http://www.abce.org.br/downloads/Licenciamento_Ambiental_de_Empreendimentos_BID.pdf> Acesso em 30 dez 2015

BORGES, Alice Gonzales. **Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Bahia, n°. 15, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/seguro/supremacia.pdf>>. Acesso em: 20 nov 2015

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Licenciamento ambiental** (versão preliminar). Brasília - junho de 2009. Disponível em: <http://www.robertounger.com/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em 20 dez de 2015.

BRITO, Jaime Domingues, OLIVEIRA, Flávio Luis. **A convergência do sistema da civil law ao da common law e a concretização dos direitos.** Disponível em: <intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/.../2405> Acesso em: 6 jan 2016.

CANADÁ. **An Emergency Management Framework for Canada.** Ottawa - Emergency Management Policy Directorate - Public Safety Canada. Revised Edition: January 2011 (Second Edition). Disponível em <<http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/mrgnc-mngmnt-frmwrk/index-eng.aspx#a06>> Acesso em 31 dez 2015

CANADÁ. **Working together: what government and other agencies do if canadian arctic waters are threatened by a spill: handbook.** Ottawa - Minister of Indian Affairs and Northern Development, 2003. Disponível em: <www.aadnc-aandc.gc.ca/dam/dam-inter-hq/staging/texte-text/wkto_1100100036935_eng.pdf> Acesso em 20 nov 2015

CARDOSO, Fernando Henrique. **Autoritarismo e democratização.**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **A crise brasileira nos transportes e a experiência federalista regulatória norte-americana.** Revista de Direito Público da Economia _ RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 161-195, abr./jun. 2008.

_____. **Direito, regulação e logística.** ed. Forum, 2015.

CHADDAD, Fábio Ribas. **Uma aplicação da teoria dos direitos de propriedade: o conceito de denominações de origem controlada.** Revista Informações Econômicas, SP, v.26, n.12, dez. 1996. Disponível em: <www.iea.sp.gov.br/out/verTexto.php?codTexto=13092> Acesso em: 09 de jan 2016.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno.** (tradução: Marçal Justen Filho). Belo Horizonte: Fórum. 2009.

_____. **A governança e o direito.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p.129-146, out/dez. 2005.

COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost “. The Journal of Law & Economics, Vol.III, (October 1960)

COOTER, Robert, **Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution.** California Law Review, Vol.73 No. 1, January 1985.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed., 2010.

COUTINHO, Diogo R. **O direito no desenvolvimento econômico.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 31-34, jul./set. 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo comparado.** – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** (tradução Hermínio A. Carvalho). 5ª ed. – São Paulo: Martins Fontes. 2014. (título original: *Les grands systèmes de droit contemporains*).

DAVIS, Susan M. and PURO, Steven. **Patterns of Intergovernmental Relations in Environmental Cleanup at Federal Facilities**. Source: Publius, Vol. 29, No. 4 (Autumn, 1999), pp. 33-53. Published by: Oxford University Press. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3330907>>. Acesso em 10 set 2015

DEMSETZ, Harold. **“Toward a Theory of Property Rights”**. The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1967).

DEON SETTE, Marli T. **Direito Ambiental**. São Paulo: MP editora, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2008.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2006.

DUTRA, Joisa Campanher. **Regulação do setor elétrico no Brasil**. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar/ Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, pp. 227-246.

FALCÃO, J.; SCHUARTZ, L.F.; ARGUELHES, D.W. **Jurisdição, incerteza e Estado de Direito**. In: Revista de Direito Administrativo: São Paulo: Editora Atlas - vol. 243 – set/out/nov/dez/ 2006, pp.79-112.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Os sistemas de common-law e de civil-law na determinação do perfil atual dos contratos. Influências recíprocas ou dominação?** 2006. Disponível em: <periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/download/14857/8412> Acesso em: 7 jan 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Reforma do ensino jurídico: reformar o currículo ou modelo?** in Cadernos FGVDireitoRio. Educação e Direito v.2 – Rio de Janeiro – Set de 2006.

FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. **Grandes obras, grandes impactos e a promoção (controlada e controlável) do desenvolvimento nacional sustentável**. Revista Jurídica. vol.1 nº 34. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/799/0>>. Acesso em: 8 jan 2016.

FERREIRA, Paulo. **O Sistema de licenciamento ambiental a o desafio econômico: proposta para o Estado de São Paulo**. ed. rev.- São Paulo. 2010. Disponível em <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3147/Tese_Paulo_Ferreira.pdf> Acesso em: 20 dez 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Instrumentos da Administração consensual e sua finalidade**. In: **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo** Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 383-399.

FLEISHMAN, John A., Vincent Mor, John D. Piette and Susan M. Allen. **Organizing AIDS Service Consortia: Lead Agency Identity and Consortium Cohesion**. Social Service Review, Vol. 66, nº. 4 (Dec, 1992), pp. 547-570, Published by: The University of Chicago Press. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/30012486>. Acesso em 17 ago 2015.

FLEURY, Lorena Cândido e ALMEIDA, Jalcione. **A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: conflito ambiental e o dilema do desenvolvimento**. In: Ambiente & sociedade. São Paulo. v. XVI, n. 4, out.-dez: 2013, p. p. 141-158. Disponível em <http://www.Scielo.br/pdf/asoc/v16n4/09.pdf>. Acesso em 17 ago 2015

FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveria. **A Segurança Interna nas Cartas Constitucionais do Brasil**. RDP, v.10, 1969.

GIDDENS, Anthony. **A vida em uma sociedade pós-tradicional**. In: Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna/ Beck, Ulrich, Giddens, Anthony e Lash, Scott. (tradução: Magda Lopes). São Paulo: Editora da Unesp, 1997.

- GILISSEN, John; **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1988.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito administrativo, análise econômica e políticas públicas: Câmaras de Conciliação e Arbitragem no Executivo federal**. Fórum Administrativo — Direito Público — FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009.
- _____. **O tema e o problema da litigância intragovernamental no contexto da defesa do interesse público**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, jan./fev. 2014.
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013.
- GRAU, Eros Roberto. **As agências, essas repartições públicas**. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.25-35.
- _____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros: 2000.
- GUERRA, Sergio. **Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do seisquicentenário modelo norte-americano**. In: *Teoria do Estado Regulador*. Editorial Juruá. Lisboa: 2015.
- _____. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013.
- _____. **Discricionariedade na regulação por entidades estatais independentes**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr/jun 2004.
- _____. **Organização administrativa brasileira: quadro atual e propostas acerca da estruturação de entidades vocacionadas ao desenvolvimento de políticas de estado, não subordinadas ao poder público central**. Relatório Final apresentado à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas - EBAPE para a conclusão de Programa de Pós-Doutorado em Administração. Rio de Janeiro: 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10935/Sergio%20Guerra.pdf.txt?sequence=3>> Acesso em: 10 de jan 2016.
- _____. **Pedágio ambiental e a visão do Poder Judiciário**. In: *Revista Conjuntura Econômica*. v. 65, n.3. Editora FGV, 2011. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgvbr/ojs/index.php/rce/article/view/22517>>. Acesso em 20 de nov 2015.
- _____. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. In: *Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar/ Org.: Sergio Guerra* – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- HALL, PETER; TAYLOR, R. **Political Science and the three New Institutionalisms**. Publicado originalmente em *Political Studies*, dec. 1996.
- HAYEK, Friedrich A. **Individualism and Economic Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1948.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. (tradução Gilmar Ferreira Mendes) – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. (título original: *Die normative Kraft der Verfassung*).
- JACOBI, Pedro Roberto. **Governança institucional de problemas ambientais**. Revista Política & Sociedade: V.4 n. 7: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1969>>. Acesso em: 10 jan 2016.
- JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. (tradução: Richard Paul Neto) – Rio de Janeiro: Editora Rio Estácio de Sá. 2002. (título original: *Der Kampf ums Recht*).
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. (tradução Luis Carlos Borges) – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KEYNES, Jonh Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** (tradução Mário R. da Cruz e Paulo de Almeida) – São Paulo: Editora Nova Cultural. 1996, p.29 (título original: *The general theory of employment interest, and Money*).

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. **Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?** RAP. Rio de Janeiro, Maio/Jun. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n3 /31252.pdf>> Acesso em: 11 jan. 2016

KOVACS, Kathryn E. **Superstatute Theory and administrative common law.** Indiana Law Journal. Vol. 90, Iss.3, article 8, Summer 2015). Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11161&context=ilj>> Acesso em: 8 jan 2016.

KRAEMER, Kenneth L. **USAC: An Evolving Intergovernmental Mechanism for Urban Information Systems Development.** Soucer: **Public Administration Review**, Vol. 31, No. 5 (Sep. - Oct., 1971), pp. 543-551 Published by: on behalf of the Wiley American Society for Public Administration. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/974976>>. Acesso em: 03 set 2015.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** México: Herder, 2007.

MANKIN, N. Gregory. **Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia.** Rio de Janeiro: Elseivier, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 18ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **Crescimento econômico e sustentabilidade.** Revista Sociedade & Natureza, vol.19, n.1. Universidade Federal de Uberlândia. 2007. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/sociedadennatureza/article/view/9343/5723>> Acesso em: 10 jan 2016.

MORCILLO, Francisco Mochón. **Introdução à economia.** (tradução e revisão técnica: Roberto Luís Troster). – São Paulo : Makron Books, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A globalização e o direito administrativo.** In: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do direito administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría/ Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, pp. 543-563.

_____. **Mutações do direito público.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **O Novo Papel do Estado na Economia.** Revista de Direito Público da Economia - RDPE Belo Horizonte, n. 11, ano 3 Jul/Set 2005.

NAIME, Roberto. **O licenciamento ambiental.** in Portal EcoDebate. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2015/02/03/o-licenciamento-ambiental-artigo-de-roberto-naime/>>. Acesso em 4 jan 2016.

NORTH, Douglass C., **Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico.** Instituto Liberal, 1994.

_____. **Desempeno económico en el transcurso de los años.** Conferencia de Douglass C. North en Estocolmo, Suecia, el 9 de diciembre de 1993 al recibir el Premio Nobel de Ciencias Económicas (Traducción del inglés de Herzonía Yáñez). Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/north-nobel.htm>> Acesso em: 09 jan 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho.** In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.28.

OLIVEIRA, Raisa Lustosa de; e COUTINHO, Ana Luisa Celino. **O licenciamento ambiental e o desafio do desenvolvimento sustentável no Brasil**. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6df182582740607d> Acesso em 3 jan 2016.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

PEREIRA, José Matias e BARBALHO, Fernando Almeida. **Governo Eletrônico: Um estudo comparativo entre as experiências do EUA e do Brasil**. Gestão & Regionalidade – Vol. 24 - nº 69 - jan/abr 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3681/1/ARTIGO_GovernoEletronico.pdf> Acesso em 10 set 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e Administração Pública gerencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/7562_Cached.pdf. Acesso em 13 dez 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, **Direito Administrativo** – 21ª ed. Atlas. São Paulo, 2008

PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. tradução: Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira - 7ª ed. – São Paulo: Pearson Education do Brasil. 2010. (título original: *Microeconomics*).

POSNER, Richard. A. **Economic Analysis of Law**. New York, Aspen Publishers. 2007.

_____. **Para além do direito**. (tradução Evandro Ferreira e Silva). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Direito e economia no common law, civil law e nações em desenvolvimento**. (tradução Carla Arnold) - Revista da Faculdade de Direito UniRitter, Porto Alegre, n. 10, 2009, pp. 119-136.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RODRIGUES, Antônio Sergio. **Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora** – Revista ANTT. Agência Nacional de Transportes Terrestres – Volume 3 - Número 1 – Maio de 2011. Disponível em <http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed4/_asp/ed4-assimetriadeinformacoes.asp>. Acesso em 30 dez 2015.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Economia ou Economia Política da Sustentabilidade**. In Economia do Meio Ambiente: teoria e prática/ Peter H. May, Maria Cecília Lustosa, Valéria de Vinha, organizadores. Elsevier 2003.

SADEK, Maria Teresa. **Cada juiz é uma ilha e tem muito poder em suas mãos**. Entrevista para o site Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>>. Acesso em: 09 jan 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito como instrumento de transformação social e econômica**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pp. 15-42, jan./mar. 2003

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madri: Tecnos, 1994.

SENA, Beatriz Veríssimo de. **Reexame judicial de políticas públicas: caso da construção da Usina Belo Monte**. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, maio 2012.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd., (traduzido por Ruy Jungmann) - Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SCHYMURA, Luiz Guilherme. **Regulação e aspectos institucionais brasileiros**. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar./ Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, pp. 247-260.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

SPROULE-JONES, Marck and RICHARDS, Patricia L. **Toward a Theory of the Regulated Environment**. Source: **Canadian Public Policy** / Analyse de Politiques, Vol. 10, No. 3 (Sep., 1984), pp. 305-315. Published by: University of Toronto Press on behalf of Canadian Public Policy. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3550324>. Acesso em 03 set 2015.

STIGLER, George J. **Free Riders and Collective Action: Na Appendix to Theories of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, v.5, n.2, p.359-365, Autumn, 1974.

_____. **The theory of price**. 4.ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1966.

SUNSTEIN, C. R., & VERMEULE, A. **Libertarian Administrative Law**. The University of Chicago Law Review, vol.82, nº 1, 2015, pp. 393-473. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/43234699>> Acesso em: 7 jan 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O direito administrativo entre os clips e os negócios**. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

_____. **O direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Público e regulação no Brasil**. In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar. / Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

UNITED STATE - Executive Order 13563 - **Improving Regulation and Regulatory Review**; Federal Register / Vol. 76, Nº 14 / Friday, January 21, 2011 / Presidential Documents. Disponível <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/eo12866/eo13563_01_182011.pdf> Acesso em: 20 dez 2014.

UNITED STATE. **National Environmental Policy Act of 1969** (Pub. L. 91-190, 42 U.S.C. 4321-4347, January 1, 1970, as amended by Pub. L. 94-52, July 3, 1975, Pub. L. 94-83, August 9, 1975, and Pub. L. 97-258, § 4(b), Sept. 13, 1982.

UNITED STATE. **Public Law 109-59** - Page 119 STAT. 1144. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-109publ59/html/PLAW-109publ59.htm>. Acesso 23 dez 2015.

UNITED STATE. **U.S. Code**. Current through Pub. L. 114-38. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>> Acesso em: 20 dez 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011.

VARIAN, Hal R. **Intermediate Microeconomics: a Modern Approach**. Sixth Editio: tradução Maria José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

VÁZQUEZ, J.Ramón Parada. **Administraciones independientes y estado regulador**. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo\ Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo\ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2003

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos**. In: Tribunal Multiportas – Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil/ Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida e Mariana Hernandez Crespo - Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. (tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa). Brasília: Ed. UnB, 2009.