

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

MARIA MAGALHÃES DE BUSTAMANTE

LICENCIAMENTO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO
AMBIENTAL NO BRASIL:
ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DO NOVO MARCO
REGULATÓRIO

Rio de Janeiro

2017

MARIA MAGALHÃES DE BUSTAMANTE

**LICENCIAMENTO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO
AMBIENTAL NO BRASIL:**

**ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DO NOVO MARCO
REGULATÓRIO**

Dissertação para obtenção de grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Área de concentração: Direito da Regulação. Governança, Tecnologia e Sustentabilidade.

Orientador: Rômulo Silveira da Rocha Sampaio.

Coorientador: Sérgio Guerra

Rio de Janeiro

2017

Bustamante, Maria Magalhães de

Licenciamento como instrumento de regulação ambiental no Brasil: análise crítica da proposta do novo marco regulatório / Maria Magalhães de Bustamante. – 2017.
149 f.

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

Orientador: Rômulo Silveira da Rocha Sampaio.

Coorientador: Sérgio Guerra.

Inclui bibliografia.

1. Licenças ambientais. 2. Direito ambiental. 3. Direito regulatório. I. Sampaio, Rômulo Silveira da Rocha. II. Guerra, Sérgio, 1964-. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDD – 341.347



MARIA MAGALHÃES DE BUSTAMANTE

**LICENCIAMENTO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO AMBIENTAL NO
BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DO NOVO MARCO REGULATÓRIO.**

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

Data da defesa: 13/06/2017

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

Rômulo Silveira da Rocha Sampaio
Orientador (a)

Sérgio Antônio Silva Guerra

Antônio José Maristrello Porto

Daniel Braga Lourenço

RESUMO

O licenciamento ambiental, nos últimos anos no Brasil, vem ocupando a pauta dos grandes debates públicos, exorbitando a seara jurídica ambiental. Como instrumento principal da Política Nacional de Meio Ambiente, responsável por compatibilizar a proteção dos recursos naturais às demandas impostas pelo desenvolvimento da atividade econômica, o instrumento assumiu protagonismo excessivo na esfera regulatória ambiental. No entanto, as críticas ao instrumento revelam-se constantes, sobretudo no que se refere à morosidade e ao excesso de burocracia na condução do procedimento, inviabilizando o aporte de novos investimentos para projetos que alavancariam o desenvolvimento econômico do país. Nesse sentido, em que pese a existência de problemas específicos que comprometem a efetividade do instrumento regulatório, há uma série de impasses de ordem estrutural e instrumental que exorbitam o seu escopo. Todavia, as discussões referentes ao tema limitam-se à alteração de sua regulamentação, mediante propostas de reforma que visam flexibilizar o licenciamento sob o pretexto de solucionar o impasse ambiental. A análise empreendida na presente dissertação pretende considerar os aspectos estruturais da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como os principais obstáculos enfrentados na condução do licenciamento ambiental, a fim de confirmar a hipótese da falta de efetividade do instrumento regulatório decorrente destes aspectos. Pretende-se ainda analisar criticamente o Substitutivo ao Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental, no objetivo de constatar se a proposta normativa confere maior efetividade ao instrumento regulatório.

Palavras-chave: Regulação Ambiental. Licenciamento Ambiental. Direito da Regulação. Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental.

ABSTRACT

Environmental licensing, in recent years in Brazil, has been the center of the great public debates, exceeding the juridical-environmental field. As a main instrument of the National Environmental Policy, responsible for making the protection of natural resources compatible with the demands imposed by the development of economic activity, the instrument assumed an excessive role in the environmental regulator sphere. However, criticism regarding the instrument is constant, especially in relation to the delay in conducting the procedure and excess of bureaucracy that might jeopardize new investments of projects that would leverage the country's economic development. In this sense, in spite of specific problems that could compromise the effectiveness of the regulatory instrument, there are a series of structural and instrumental deadlocks that exceed its scope. Nevertheless, discussions on the subject are limited to changing the environmental licensing procedure, through reform proposals that seek to make licensing more flexible. The analysis undertaken in this dissertation intends to consider the structural aspects of the National Environmental Policy, as well as the main obstacles faced by environmental licensing procedure, in order to confirm the hypothesis of the lack of effectiveness of the regulatory instrument. The present work also intend to analyse critically the main legislative proposal regarding environmental licensing procedure, aiming to verify if this proposal has the potential to give greater effectiveness to the regulatory instrument.

Keywords: Environmental regulation. Environmental Licensing. Regulation Law. Environmental Licensing Legislative Proposal.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAE – Avaliação Ambiental Estratégica

AIA – Avaliação de Impactos Ambientais

ANA – Agência Nacional de Águas

CONAMA – Conselho Nacional de Meio Ambiente

EIA – Estudo de Impacto Ambiental

EIA – Environmental Impact Assessment (USA)

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

MMA – Ministério do Meio Ambiente

PNMA – Política Nacional de Meio Ambiente

PQA – Padrões de Qualidade Ambiental

SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente

SINIMA – Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente

SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação

UC – Unidade de Conservação

ZEE – Zoneamento Ecológico Econômico

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	GOVERNANÇA AMBIENTAL BRASILEIRA	19
2.1	Estruturas administrativas decorrentes da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA)	21
2.2	Governança institucional no Sistema Nacional de Meio Ambiente	24
2.2.1	Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA	29
2.2.2	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA	34
2.3	Instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente	37
2.3.1	Zoneamento ambiental.....	39
2.3.2	Padrões de qualidade ambiental	42
2.3.3	Avaliação de impactos ambientais	44
2.3.4	Criação de espaços territoriais especialmente protegidos	47
2.3.5	Sistema nacional de informações sobre o meio ambiente	49
2.3.6	Penalidades disciplinares ou compensatórias	52
2.3.7	Instrumentos econômicos	54
2.3.8	Conclusões parciais sobre a efetividade dos instrumentos da Lei da PNMA.....	57
3	O LICENCIAMENTO NO CONTEXTO DA GOVERNANÇA AMBIENTAL BRASILEIRA	59
3.1	O instrumento como forma de controle das atividades potencialmente poluidoras	59

3.2	Características do processo decisório do licenciamento ambiental	68
3.2.1	Os estudos ambientais como subsídios do processo decisório do licenciamento ambiental	68
3.3	Obstáculos à eficiência do licenciamento ambiental brasileiro	71
3.3.1	Articulação e integração entre políticas setoriais e a PNMA	71
3.3.2	Ausência de comandos normativos de ordem material e excesso de discricionariedade por parte do órgão licenciador.....	74
3.3.3	A participação social no âmbito do licenciamento.....	78
3.3.4	Competência para o licenciamento ambiental. Lei Complementar 140/2011.....	82
3.3.5	Relação do órgão licenciador com as instituições externas ao SISNAMA.....	88
3.4	Considerações sobre a efetividade do licenciamento ambiental	91
3.4.1	Conflitos ambientais. Judicialização. Insegurança Jurídica	91
4	MODELO DE GOVERNANÇA AMBIENTAL PERANTE O ESTADO REGULADOR	96
4.1	Intervenção estatal na economia e o Estado regulador na Constituição Federal de 1988.....	96
4.1.1	Agências reguladoras independentes: natureza jurídica e principais características	101
4.2	Distanciamento entre o SISNAMA e o novo Estado regulador	106
5.	PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO	111
5.1	Proposta de Emenda Constitucional n. 65 de 2012	111
5.2	Projeto de Lei do Senado nº 654 de 2015	113
5.3	Projeto de Resolução CONAMA (02000.001845/2015-32)	117

5.4	Substitutivo ao Projeto de Lei 3.729 de 2004	119
5.5	Análise crítica da proposta de alteração do marco regulatório	134
6	CONCLUSÃO	137
7	REFERÊNCIAS	142

1 INTRODUÇÃO

A Lei instituidora da Política Nacional de Meio Ambiente¹(PNMA) relaciona treze instrumentos em seu artigo 9º, os quais objetivam a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, com vistas a assegurar, no país, condições para o desenvolvimento socioeconômico, os interesses da segurança nacional e a proteção da dignidade da vida humana.

Apontado como principal instrumento regulatório da PNMA, responsável pela compatibilização da proteção ambiental perante as demandas impostas pelo desenvolvimento econômico, o licenciamento ambiental é cada vez mais objeto de forte pressão por parte de interesses antagônicos. A disputa por recursos ambientais é sempre conflituosa. Exercício da atividade econômica, de um lado, e proteção ambiental, de outro, constituem-se na fonte principal do impasse. Para harmonizar os diferentes interesses, ganha relevância o processo regulatório.

O licenciamento ambiental insere-se no contexto referido acima, traduzindo-se em um instrumento de decisão estatal cujo objetivo é ponderar os interesses potencialmente divergentes. Tal processo não se confunde com o processo que avalia os impactos ambientais, e nem a este se subordina.² A decisão prolatada pelo órgão estatal não implica automaticamente a escolha do menor impacto ambiental, e sim um processo de avaliação de interesses em jogo, à luz dos princípios gerais da atividade econômica previstos na Carta Constitucional de 1988, ressaltando-se, dentre os demais, a defesa do meio ambiente.³

Essa ponderação entre os valores em jogo, traduzida na decisão a ser tomada pelo Estado, é concretizada por meio da elaboração e efetivação de políticas públicas nas quais a intervenção estatal é realizada, seja por meio de instrumentos de comando e controle (poder de polícia), seja com a implementação de instrumentos econômicos, via materialização do fomento.⁴ A busca do desenvolvimento sustentável e o controle

¹BRASIL. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. Disponível em:

²<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/1981/L6938.htm> Acesso em 20 de maio de 2014, p. 7.

³ BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 170, inciso VI.

⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamento por serviços ambientais**. São Paulo. Atlas. 2012.

Comenta a autora que, ao fazer uso dos instrumentos de controle e comando, fundamentados no poder de polícia, conta-se com uma atuação estatal direta, ainda que por delegação. Em caso de

das atividades potencialmente poluidoras são alguns dos objetivos da referida regulação estatal.

Nesse propósito de intervenção regulatória, o Estado dispõe de um aparato administrativo voltado para edição de normas, execução de políticas públicas, fiscalização e adjudicação.⁵ Quando a elaboração dessas políticas públicas é falha, ou a dinâmica do planejamento é norteadada somente pelo interesse do investimento econômico, o licenciamento ambiental torna-se palco constante para a resolução de questões ambientais cujo âmbito extrapola sua esfera de decisão, gerando expectativas de resolução de problemas sociais e estatais que exorbitam o seu escopo.

A constatação sobre o instrumento ora analisado é de que, para todos os grupos de interesses envolvidos no procedimento licenciatório, as críticas quanto aos aspectos do licenciamento ambiental têm sido cada vez mais evidentes, tendendo, de um lado, à divisão dicotômica entre procedimento que tudo licencia sem uma avaliação consistente dos possíveis impactos; e de outro, ao rito moroso que supostamente frearia o desenvolvimento do país, e afastaria novos investimentos.

Em razão das questões aventadas acima, o licenciamento ambiental assumiu protagonismo demasiado no Brasil, revelando-se o principal foco das atenções, sujeito a questionamentos e profundas críticas. O apontamento de problemas referentes ao instrumento é enfatizado tanto por parte de empreendedores públicos e privados quanto por instituições voltadas à proteção ambiental. Nesse sentido, ambas as partes qualificam o instrumento como, de um lado “obstáculo ao desenvolvimento”⁶; e de outro, como ineficaz e pouco transparente.

Portanto, o licenciamento ambiental tem se tornado o instrumento regulatório ambiental menos compreendido e mais litigioso, gerando significativa insegurança jurídica e desviando-se, dessa forma, do seu real objetivo – compatibilizar a proteção dos recursos naturais às demandas impostas pelo desenvolvimento da atividade econômica.

descumprimento, se espera a imposição de sanções. Entende-se, assim, que estes instrumentos predominam na política ambiental.

⁵ Registre-se que o bom funcionamento deste aparato depende da fiel observância aos princípios da Administração Pública relacionados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

⁶ SILVA, Nilvo Luiz Alves de; CAPELLI, Sílvia. Elementos centrais para a regulamentação federal do licenciamento. **Revista de Direito Ambiental – RDA**. Ano 21, v. 82, abril – junho 2016, p. 78.

Tendo em vista as questões consideradas acerca do licenciamento ambiental como fonte principal do impasse na seara ambiental, buscou-se formular hipótese na qual se afirma que o licenciamento ambiental, como principal instrumento regulatório ambiental, não tem desempenhado de forma eficaz o seu propósito dentro da Política Nacional do Meio Ambiente, necessitando de redirecionamento do debate ambiental para a formulação de ajustes institucionais e instrumentais.

Nesse contexto, a abordagem metodológica para avaliar e confirmar a hipótese supramencionada consistiu na pesquisa empírica de Direito, projetada sobre o estado da arte da regulação jurídica ambiental no Brasil, tendo por objetivo a análise descritiva do modelo de governança institucional e instrumental implementado pela Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA). A pesquisa estendeu seu escopo com vistas a identificar os principais obstáculos de cunho prático do instrumento, além da comparação do modelo institucional ambiental perante o modelo instituído com a criação das agências reguladoras independentes. Após o exame das questões atinentes à problemática do procedimento licenciatório ambiental, o trabalho tem por objetivo conduzir uma análise crítica da proposta de alteração do licenciamento, à luz dos obstáculos identificados que comprometem sua eficácia.

Pretende-se, destarte, avaliar se o ambiente de discussão e reforma do instrumento do licenciamento ambiental proposto no Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental se reveste da capacidade institucional apropriada para a melhor identificação do problema e definição das soluções.

O procedimento técnico referente à pesquisa supramencionada consistiu na análise bibliográfica e normativa sobre o estado da arte da regulação ambiental brasileira, além da análise documental acerca das manifestações técnicas de órgãos com ingerência na matéria. Para avaliação das propostas normativas de alteração do instrumento regulatório, a pesquisa documental teve por base as minutas das propostas, com foco no Substitutivo ao Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental, bem como pareceres e manifestações técnicas de órgãos internos e externos ao Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), pertinentes às respectivas proposições normativas.

Ultrapassada a questão metodológica e voltando para a análise de conteúdo da dissertação, impende frisar que as razões para o agravamento das questões que permeiam o licenciamento ambiental são de naturezas diversas. Nesse aspecto, é necessário discorrer sobre o atual quadro institucional, identificando o arranjo implementado pela Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), bem como o conjunto de instrumentos de governança ambiental, a fim de avaliar sua sintonia como modelo de regulação estatal vigente.

Em termos mais abrangentes, o Estado brasileiro depara-se com notável dificuldade no planejamento e na implementação de políticas públicas em áreas essenciais para o desenvolvimento do país, especialmente as que causam significativos impactos ambientais.⁷

No tocante ao arranjo institucional, o Capítulo 2 tem por escopo demonstrar o retrato atual do modelo de governança ambiental no Brasil, fundamentado na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente⁸, a qual, instituída em 1981, segue a clássica linha de organização administrativa piramidal. Com efeito, o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA)⁹ estrutura uma complexa organização administrativa ambiental, por intermédio de diversos órgãos e autarquias que dividem os poderes de regulação, controle, normatização, fiscalização e adjudicação administrativa.

Assim, dentre os órgãos estruturais do Sistema, busca-se identificar o desenho institucional (por meio de sua composição) e avaliar a competência normativa do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Pretende-se ainda tecer considerações acerca da estruturação do órgão ambiental licenciador no âmbito federal, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), analisando o progresso para a área ambiental diante de sua criação, em que

⁷ GUERRA, Sérgio. “A Regulação Ambiental no Brasil deve ser exercida por entidades independentes?” In: SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio (Org.). **Tópicos de direito ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 137.

⁸ BRASIL. Lei nº 6.938/81. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm

⁹ SISNAMA é a sigla utilizada para traduzir o Sistema Nacional de Meio Ambiente, composto por órgãos e entidades da União; dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, além das fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental. O Sistema está previsto no art. 6º da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. O SISNAMA será tratado em item próprio deste trabalho, referente ao Capítulo que trata da governança ambiental brasileira.

pese certa fragilidade quanto à sobreposição de competências. O foco nos dois órgãos citados se justifica em razão da relevância de suas funções regulatórias na área ambiental, respectivamente de cunho normativo e executivo.

Além dos problemas advindos da estruturação do SISNAMA, concernentes à governança institucional, é notória a falta de efetividade de alguns dos instrumentos previstos na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA). No entanto, nota-se tendência de atribuir as falhas institucionais e regulatórias do setor ao licenciamento ambiental. Dessa forma, não pode ser depositada no licenciamento a expectativa para solução das falhas de controle das atividades potencialmente poluidoras, nem se imputar ao processo licenciatório a responsabilidade pelos entraves ao desenvolvimento.

Cumprе ressaltar, nesse aspecto, que a efetividade do licenciamento ambiental está diretamente relacionada (e dependente) à implementação dos demais instrumentos previstos na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. É o que se expõe no item 2.3 do presente estudo, dando enfoque aos principais instrumentos ambientais, quais sejam: o zoneamento ecológico econômico; o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; a avaliação de impactos ambientais; as penalidades disciplinares ou compensatórias, o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente (SINIMA) e os instrumentos econômicos.¹⁰

No Capítulo 3, analisa-se o licenciamento ambiental no âmbito da governança institucional brasileira. Assim, busca-se traçar o contexto normativo no qual esse instrumento foi criado, para posteriormente avaliar as características do processo decisório do licenciamento. O tópico em questão visa situar os estudos ambientais como instrumentos de subsídio ao processo decisório ambiental, ressaltando, no entanto, a ausência de caráter vinculante dos referidos estudos.

Nos itens subsequentes, o estudo visa delimitar os principais obstáculos à efetividade do instrumento, relacionados ao descompasso na articulação e integração entre políticas setoriais e política ambiental; à ausência de comando normativo diante da excessiva discricionariedade do órgão licenciador; à participação pública inexpressiva e desqualificada; ao problema da sobreposição de competência,

¹⁰ BRASIL. Lei nº 6.938/81, Artigo 9º.

minimizada com a edição da Lei Complementar 140/2011; bem como à relação do órgão licenciador com as instituições externas ao SISNAMA.

Como decorrência dos obstáculos apontados, o desfecho do Capítulo (item 3.4) tem por escopo pontuar as principais consequências advindas dos problemas analisados, destacando-se a recorrência de conflitos ambientais, a judicialização do licenciamento ambiental, e a insegurança jurídica gerada nos setores que dependam do procedimento licenciatório para implementação dos respectivos projetos/atividades.

Demonstrado o quadro ambiental atual referente ao modelo de governança instituído pela Lei de PNMA, o Capítulo 4 busca cotejar o presente modelo de governança ambiental com o modelo de criação das agências reguladoras.

Instituído em 1981, o Sistema implementado pela Política de Meio Ambiente não acompanhou o movimento do papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, trazido pela Constituição de 1988, no seu artigo 174, *caput*. Como é notório, a criação das primeiras agências reguladoras independentes em nosso país guarda estreita pertinência com a retração da intervenção estatal em amplos setores da vida econômica.¹¹

Com a criação das agências reguladoras independentes em diversas áreas caracterizadas pela autonomia reforçada, além da diversidade e amplitude de funções (como a concentração no mesmo ente das funções normativa, fiscalizadora e sancionatória), passa-se de um desenho *piramidal* interno à responsabilidade política do governo a uma configuração *policêntrica*, cuja atividade situa-se em esfera jurídica externa à Chefia da Administração central.¹²

Nesse sentido, em que pese o fato de o SISNAMA ter representado um avanço substancial para o contexto histórico no qual estava inserido, a fragmentação

¹¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Parte II. Cap. VI., p. 217.

¹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª edição Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Cap. VI: “Do Executivo Unitário À Administração Pública Policêntrica”. Ressalta o autor que as autoridades ou agências independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, pois sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado de autonomia política de seus dirigentes em relação à Chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho *piramidal* para uma configuração *policêntrica*.

de funções por diversas autarquias nas três esferas de governo constituiu um dos fatores causadores de ineficiências regulatórias, além do comprometimento da efetividade de políticas públicas¹³ na área ambiental.

Assim, descrito um cenário de deficiência do instrumento de licenciamento ambiental, lastreado na fragilidade institucional do SISNAMA, bem como na falta de efetividade dos instrumentos da PNMA, e na identificação dos problemas específicos atinentes ao instrumento regulatório, nota-se que as discussões acerca do tema têm dado ênfase à alteração de sua regulamentação.¹⁴ Aponta-se, destarte, a necessidade do estabelecimento de um marco legal, tendo em vista que as normas infralegais editadas por órgãos da Administração Pública seriam incapazes de proporcionar a estabilidade regulatória pretendida para o setor.¹⁵ Consequentemente, propostas de reforma ganham número, sob o pretexto de dar uma resposta a essa propagada crise do licenciamento ambiental.

Cabe ressaltar que as propostas¹⁶ de reforma normativa do licenciamento ambiental que tramitam paralelamente em seus respectivos fóruns (em curso na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e no CONAMA¹⁷), as quais consistem na alteração da regulamentação existente têm como ponto comum o ideal de agilização do processo licenciatório.

¹³ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. “Regulação Ambiental”. In: GUERRA, Sergio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Org.: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 325.

¹⁴ SILVA, Nilvo Luiz Alves de; CAPELLI, Sílvia. “Elementos centrais para a regulamentação federal do licenciamento”. **Revista de Direito Ambiental**, v. 82, ano 21. São Paulo: Ed: RT, abr.-jun. 2016, p. 78. “Apesar de os problemas da operação do licenciamento estarem ligados a uma série de fatores, as discussões têm focado na mudança da regulamentação. Várias das limitações na aplicação do licenciamento são externas a ele e não dizem respeito à regulamentação: baixa capacidade (em quantidade e qualidade) e autonomia das instituições de meio ambiente, investimentos insuficientes para produção de conhecimento e para criação de referências de planejamento para a operação dos licenciamentos individuais (como zoneamentos ambientais) e a persistência de políticas e programas setoriais (transporte, energia, etc.) que ignoram temas socioambientais, centrais ao processo de licenciamento dos projetos que delas derivam.”

¹⁵ Relatório do Deputado Mauro Pereira (PMDB/RS) para a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei nº 3.729/2004. p. 7. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550668&filename=Parecer-CFT-27 abr. 2017>. Acesso em: 04 maio 2017.

¹⁶ Por exemplo, a Proposta de Emenda Constitucional nº 65/2012 e o Projeto de Lei do Senado nº 654, de 2015.

¹⁷ Projeto de Resolução do CONAMA, alterando as Resoluções 01/86 e 237/97. Disponível em: <[www.mma.gov.br/port/conama/processos/1C-237C1B/PropResol_Rev237e01_1oGT%20\(2\).pdf](http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/1C-237C1B/PropResol_Rev237e01_1oGT%20(2).pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

Nessa linha, o Capítulo 5 tem por escopo analisar a pertinência das soluções normativas em trâmite em relação às deficiências regulatórias identificadas. Assim, diante da necessidade de um recorte para que fosse definida a proposta a ser examinada, ganha relevância no momento o Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.729/2004, que institui a Lei Geral do Licenciamento Ambiental e regulamenta o inciso IV do §1º do artigo 225 da Constituição Federal.¹⁸

Em decorrência da análise crítica da proposta normativa, busca-se perquirir a melhor resposta jurídica sobre se as mudanças previstas no Substitutivo ao Projeto de Lei Geral do Licenciamento se mostram aptas a maximizar a efetividade regulatória do processo licenciatório ambiental ou se a estabilidade regulatória seria alcançada mediante alterações institucionais e instrumentais no âmbito da PNMA ou, alternativamente, a adoção cumulativa dessas medidas.

Diante da análise empreendida no presente trabalho, entende-se que, em razão da fragilidade normativa verificada no sistema federal de licenciamento ambiental (respaldado basicamente em resoluções do órgão normativo), a edição de lei formal estabelecendo normas gerais que delimitem a atuação do órgão licenciador, pode conferir maior eficácia ao instrumento licenciatório, na medida em que reduziria o problema do excesso de discricionariedade por parte do referido órgão (em que pesem as críticas referentes a vários dispositivos da proposta normativa).

Todavia, é salutar considerar que o equacionamento do problema não depende somente da edição de lei formal. A adoção conjunta de medidas de cunho estrutural do Sistema Nacional de Meio Ambiente, bem como o fortalecimento e uso adequado dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente são fundamentais para a efetividade do licenciamento ambiental.

Dessa forma, pretende - se não somente analisar a problemática sob o aspecto descritivo, mas também sob o aspecto propositivo, indicando alguns caminhos aptos a conferir maior efetividade ao licenciamento ambiental.

¹⁸O recorte da análise tem como foco o citado PL, em virtude da necessidade de base normativa consistente ao licenciamento ambiental, dada a importância deste instrumento no âmbito da Política Nacional de Meio Ambiente. Em parecer do Gabinete da Presidência do IBAMA, se afirmou que “[...] o licenciamento ambiental precisa ser disciplinado por normas gerais de aplicação nacional, que garantam segurança técnica e jurídica para a aplicação do licenciamento prévio perante os órgãos ambientais competentes do Sisnama.” Ministério do Meio Ambiente. Gabinete da Presidência. Parecer 02001.000813/2017-71.

Com relação ao CONAMA, sugere-se que sua composição seja revista, privilegiando o caráter técnico em detrimento das influências políticas, revendo sua posição no âmbito do SISNAMA como entidade dotada de poder regulamentar.

No âmbito do IBAMA, há necessidade de maior adequação ao modelo regulatório das agências, especialmente no tocante à sua autonomia. Sugere-se, dessa forma, a adoção de regime jurídico que conferisse maior autonomia à autarquia, a fim de atribuir - a) independência política de seus dirigentes, com conferência de mandato a termo, provendo-lhes estabilidade em seus cargos e vedação de exoneração *ad nutum*; e b) independência técnica decisional, com predomínio de decisões politicamente neutras (a fim de evitar também a captura pelo setor regulado), lastreadas em subsídios técnicos e vedação a recurso hierárquico impróprio dirigido ao órgão central da Administração Direta (MMA). Nesse sentido, conferindo-se maior autonomia ao órgão licenciador, a efetividade do licenciamento ambiental restaria mais robusta, se comparada ao cenário institucional atual.

À guisa de conclusão, espera-se que a implementação das medidas sugeridas na presente dissertação possa conferir maior efetividade ao licenciamento que, desimpedido dos obstáculos institucionais e instrumentais que geram sua burocratização e morosidade, seja capaz de desempenhar o papel de relevância que merece, como instrumento que viabilize as necessárias obras de infraestrutura do país, harmonizadas com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitucionalmente protegido.

2 GOVERNANÇA AMBIENTAL BRASILEIRA

Antes de adentrar especificamente no modelo de governança ambiental instituído pela Política Nacional de Meio Ambiente, com fulcro na Lei Federal 6.938/81, cabe neste ponto tecer algumas considerações a respeito do que se entende por governança.

Para Enrique Saravia, o conceito de governança traduz-se no “conjunto de instrumentos técnicos de gestão que asseguram a eficiência da ação pública, o que nos conduz à necessidade de reformular a administração mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas”.¹⁹

A problemática ambiental tomou proporção tão significativa que se converteu em desafio global, gerando, desta forma, a necessidade de sua reformulação institucional. Com efeito, os Estados têm falhado constantemente na negociação, na implementação e no asseguramento da efetividade das normas necessárias à garantia da proteção do meio ambiente. Com base em tal assertiva, elucida Lehmen:

Essas mudanças, cada vez mais rápidas e abundantes, tornam necessário aprofundar a reflexão e o debate quanto às transformações institucionais no âmbito da governança global, para que se possa identificar e compreender os desafios que hoje enfrentamos e – em especial – propor alternativas para superá-los.²⁰

Em face da questão, uma das principais características da governança global contemporânea traduz-se no crescente esforço do papel de atores não estatais, de modo que a comunidade científica, as organizações não governamentais e, de modo geral, a sociedade civil tendem a participar com maior intensidade na formulação e implementação de instrumentos de governança.²¹

¹⁹ SARAVIA, Enrique J. Governança Social no Brasil contemporâneo. **Revista Governança Social – IGS**, Belo Horizonte, ano 3, edição 7. *Apud* GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25.

²⁰ LEHMEN, Alessandra. **Governança Ambiental Global e Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 96. Ressalta a autora que novos arranjos institucionais não serão, sozinhos, suficientes para a solução desses problemas, pois os mesmos interesses, desequilíbrios de poder e custos transacionais que impedem as instituições tradicionais de regular efetivamente a governança global também ocorrem quanto aos novos instrumentos.

²¹ LEHMEN, Alessandra. **Governança Ambiental Global e Direito**. Curitiba: Juruá Editora, p. 103-104.

No tocante à governança ambiental, Sand²² sustenta que o instrumento apropriado para o cumprimento de regras ambientais no futuro não será baseado na aplicação de sanções, e sim em medidas preventivas que sejam capazes de identificar a raiz do problema de descumprimento destas regras.

O conceito de regulação evoluiu de uma perspectiva de “comando e controle” para a governança dita gerencial, cujos padrões são definidos e cumpridos. Como exemplo no âmbito internacional, podemos citar a Rede Internacional para Cumprimento e Execução Ambiental (INECE)²³, cuja parceria com personagens governamentais e não governamentais, composta por mais de 150 países, visa, entre outros objetivos, ao crescimento da consciência do cumprimento das regulamentações ambientais, além do desenvolvimento de redes para cooperação no atendimento aos requisitos ambientais.

Assim, independentemente do âmbito do plano em que se estabelece a governança ambiental (União, Estados e Municípios), o elemento inovador da governança traduz-se na articulação suprainstitucional das ações e intervenções ambientais. A metodologia apta a estruturar e conduzir a gestão ambiental encontra-se no planejamento.²⁴

A importância do significado da governança para o presente trabalho reside no fato de que a efetividade de qualquer um dos instrumentos instituídos na Lei da PNMA dependerá de um planejamento consistente, voltado para a área ambiental, que envolva a articulação entre seus órgãos (além dos órgãos externos à seara ambiental), bem como a adequação de novas ferramentas que visem solucionar os impasses do setor.

²² SAND, Peter, H. Institutional-Building to Assist Compliance with International Environmental Law: Perspectives. **Heidelberg Journal of International Law**, n. 56/3, march 20-22, 1996, p. 775.

Disponível em: <http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_3_a_774_795.pdf>. Acesso em: 26 mar 2017.

²³ “*The International Network for Environmental Compliance and Enforcement (INECE) is a partnership of government and non-government enforcement and compliance practitioners from more than 150 countries. INECE's goals are: raising awareness to compliance and enforcement; developing networks for enforcement cooperation; and strengthening capacity to implement and enforce environmental requirements. INECE is dedicated using regulatory and non-regulatory approaches to guide compliance with and enforcement of environmental laws and regulations that promote the sustainable use of natural resources and the protection of ecosystem integrity at the global, regional, and national levels.*” Disponível em: <inece.org>. Acesso em: 26 mar. 2017.

²⁴ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8^a. ed. rev., atual. e ref. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 632/633.

2.1 Estruturas administrativas decorrentes da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA)

A breve análise histórica pretendida nesta parte do trabalho tem por escopo subsidiar o entendimento do sistema institucional implementado pelo Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) no Brasil, via edição da Lei Federal nº 6.938/81.

Com efeito, a primeira estrutura administrativa criada no Brasil Republicano para a proteção do “meio ambiente” foi o Serviço Florestal do Brasil, instituído pelo Decreto nº 4.421, de 28 de dezembro de 1921²⁵, tendo a conservação e guarda das florestas entre suas incumbências.²⁶

Outro diploma marcante para a concretização de um Direito Ambiental nacional foi a instituição do Código Florestal, via Decreto nº 23.793/1934, conferindo às florestas nacionais a natureza jurídica de bem de interesse comum, e impondo limitações ao direito de propriedade.²⁷

Em 1964, o Regime Militar, na contramão dos países desenvolvidos onde se fortalecia a sociedade civil no enfrentamento aos problemas de cunho ambiental, “foi outro fator político inibidor de uma organização e comoção mais precoce da sociedade civil em torno das questões ambientais”, uma vez que “o governo militar estava fundamentado em bases econômicas e políticas bastante conservadoras e focado em duas grandes premissas: manter a ordem política e industrializar a nação.”²⁸

Na década de 1970, concretiza-se a ruptura do sistema colonial da economia no Brasil, à luz de nova realidade industrial no país, trazendo, como consequência, o crescimento desmesurado da indústria, e gerando, por sua vez, distorções de natureza

²⁵ Decreto nº 4.421, de 28 de dezembro de 1921, art. 3º, I.

²⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 139.

²⁷ Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

²⁸ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito Ambiental: doutrina e casos práticos**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2011. p. 76.

ambiental ²⁹, em razão da suposta incompatibilidade com as políticas desenvolvimentistas. A resposta regulatória a esse fenômeno foi a conscientização, em âmbito nacional, dos danos decorrentes de atividades potencialmente poluidoras, dando origem à criação de órgãos específicos no setor, conforme considerado mais adiante.

Com o advento da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em junho de 1972, na cidade de Estocolmo, sobressaíram dois principais resultados: a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e a aprovação da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano.

Da referida Declaração, baseada em 26 princípios que visam conduzir os processos decisórios de relevância para a questão ambiental, destaca-se, para o presente trabalho, o Princípio 17 ao considerar que “Deve-se confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”.³⁰

Assim, norteado pelos influxos da crescente conscientização da questão ambiental no âmbito mundial³¹, o Brasil editou em 1973³² o Decreto 73.030, instituindo a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA) como órgão autônomo da administração direta, no âmbito do então Ministério do Interior, subordinado diretamente ao Ministro do Estado. A então Secretaria foi criada com vistas à conservação do meio ambiente e ao uso racional dos recursos naturais.³³

²⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**, 3. ed. Curitiba: Editora Arte & Letra, 2009, p. 99. Prossegue o autor, destacando que no final dessa década, Cubatão, em São Paulo, era considerada uma das cidades mais poluídas do planeta.

³⁰ Declaração da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente Humano. Princípio 17. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 15 maio 2017.

³¹ SAND, Peter H. em “The Evolution of International Environmental Law”. D. BODANSKY, J. Brunée, and E. Hey, 2007. **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford University Press. p. 29-43. O autor cita a “Era Moderna” como o início do chamado direito ambiental moderno, com o advento da abertura da Conferência da ONU sobre Ambiente Humano em Estocolmo, realizada em 5 de junho de 1972. Todavia, Sand ressalta que desde 1968 tiveram início procedimentos preparatórios estabelecidos na Resolução 1346 do Conselho Econômico e Social da ONU.

³² Nessa época, vigorava no país o modelo intervencionista militar, cuja Presidência era ocupada pelo General Emílio Garrastazu Médici (1969-1974). In: GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da administração piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 55.

³³ Decreto 73.030, de 30 de outubro de 1973, Art. 1º. Cabe ressaltar a previsão contida no Parágrafo 2º do referido artigo, ao prever que “O Ministério do Interior atuará em articulação com o Ministério do

As origens do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, abordado em sequência, remontam à constituição da referida SEMA, logo após a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972.³⁴

Registre-se o fato de que também foi em meados da década de 70, mais especificamente em 1975, a instituição do Decreto-Lei nº 1.413, que dispôs sobre o controle da poluição do meio ambiente, gerada por atividades industriais.³⁵

A SEMA foi extinta pela Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, sendo criado, pelo mesmo ato normativo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, conforme disposto no artigo 2º da Lei.

Essa nova visão e a consequente importância da temática ambiental em âmbito nacional obtiveram avanços conceituais e institucionais na década seguinte (1980), com o advento da Lei Federal nº 6.938/1981, instituidora da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA)³⁶, configurando, em última instância, “o marco legislativo na consolidação do Direito Ambiental no Brasil”.³⁷

Dessa forma, a supracitada Lei constituiu a estrutura administrativa ambiental ainda em vigor, configurada pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), formado pelo conjunto de órgãos e instituições vinculadas ao Poder Executivo nos três níveis de governo, conforme será detalhado no próximo tópico.

Planejamento e Coordenação Geral, que examinará principalmente as implicações, para a conservação do meio ambiente, da estratégia do desenvolvimento nacional e do progresso tecnológico [...]”.

³⁴ Importante destacar outro acontecimento, lançado no final de 1974, durante o governo do general Geisel. O plano econômico brasileiro II PND – Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico, que, por determinação constitucional, previa a obrigação de todo novo governo lançar um plano nacional de desenvolvimento. O referido plano tinha por finalidade estimular a produção de insumos básicos, bens de capital, alimentos e energia. ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 118. Ver tb. <<http://www.fgv.br/cpdac/acervo/dicionarios/verbete-tematico/plano-nacional-de-desenvolvimento-pnd>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁵ Decreto-Lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1413.htm>.

³⁶ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 94. O autor cita a Lei 6.938/81 como exemplo de atuação estatal intervencionista, ainda que regulando o exercício de atividades gerais.

³⁷ SAMPAIO. Rômulo Silveira da Rocha. **Direito Ambiental: doutrina e casos práticos**, p.

2.2 Governança institucional no Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA

Como já apontado no item 2.1, até a década de 1970 a questão ambiental no Brasil era tratada de maneira fragmentada³⁸, inexistindo, portanto, um órgão administrativo dotado de uma perspectiva holística capaz de contemplar o plexo de questões que abarcam a matéria ambiental.

Nessa linha, vale notar que, antes da Constituição Federal de 1988, não vigorava a visão de descentralização das políticas e da gestão (e sim um modelo burocrático de gestão). Os municípios brasileiros sequer contavam com autonomia político-administrativa. Como destaca Figueiredo, “até a década de 1970, não se poderia falar na existência de uma Administração Ambiental em nosso país.”³⁹

Diante desse contexto, a instituição de um Sistema Nacional de Meio Ambiente nos moldes estabelecidos representou relevante inovação para a época, no caso, o início da década de 1980.

A lei instituidora da PNMA é a responsável pela criação do SISNAMA, formado pelo conjunto de órgãos e instituições vinculadas ao Poder Executivo nos níveis federal, estadual e municipal. Sua função precípua consiste na proteção do ambiente, configurando “o grande arcabouço institucional da gestão ambiental no Brasil”⁴⁰, com poder de regulação em matéria ambiental.

Em outras palavras, o SISNAMA foi o termo utilizado pelo legislador ao referenciar o complexo conjunto de órgãos colegiados e autarquias das três esferas de governo, encarregados da proteção do meio ambiente.⁴¹ Trata-se de figura abstrata,

³⁸ A Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE) foi criada pela Lei Delegada nº 10 de 11 de outubro de 1962, no âmbito do Ministério da Agricultura. Em 1967, por intermédio da Lei nº 5.227 foi criada a Superintendência da Borracha (SUDHEVEA), entidade com personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa, técnica e financeira, sob a jurisdição do Ministério da Indústria e do Comércio.

³⁹ FIGUEIREDO, **Curso de Direito Ambiental**, p. 105.

⁴⁰ MILARÉ, Édis, **Direito do Ambiente**, p. 636-637.

⁴¹ FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. 4ª. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2010. p. 73.

traduzida em um sistema articulado de órgãos com atribuições diversas sobre regulação, normatização, controle e fiscalização na área ambiental.⁴²

Com previsão contida no art. 6º da Lei nº 6.938/81, a finalidade do SISNAMA é estabelecer uma rede de agências governamentais, nos diversos níveis da Federação, com o objetivo de assegurar mecanismos capazes de implementar a política nacional de meio ambiente.

O SISNAMA é estruturado em sete níveis político-administrativos, sendo integrado por um órgão superior (Conselho de Governo); um órgão consultivo e deliberativo (CONAMA); um órgão central (Secretaria de Meio Ambiente da Presidência da República⁴³); um órgão executor (IBAMA) e o Instituto Chico Mendes); diversos órgãos setoriais; órgãos seccionais e órgãos locais. Cada um desses órgãos detém atribuições próprias, competindo-lhes, precipuamente, o exercício do poder de polícia em matéria ambiental. Em razão dessa composição, de acordo com Sérgio Guerra, “[...] o modelo de regulação ambiental no Brasil segue a clássica linha de organização administrativa piramidal, em que o Chefe do Poder Executivo ocupa seu vértice, tendo, sob sua subordinação direta, o Ministro do Meio Ambiente”.⁴⁴

As duas primeiras décadas de implementação do SISNAMA (1980-1990) foram marcadas pela criação de órgãos ambientais nas esferas federal e estadual. Todavia, na prática, esses órgãos foram constituídos sem vínculos efetivos, de forma desarticulada, especialmente marcada por conflitos de competência no que se refere às ações relativas ao licenciamento e fiscalização ambiental.⁴⁵

Somados ao supracitado modelo de implementação, com a Constituição Federal de 1988, estados passaram a legislar amplamente em matéria ambiental, sob a modalidade concorrente, com regras previstas nos parágrafos 1º a 4º do art. 24, competindo ainda aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local (em

⁴² SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. “Regulação Ambiental” In: GUERRA, Sergio (Org.).

Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar. p. 334.

⁴³ Extinta pela Lei nº 7.735/1989, que instituiu o IBAMA.

⁴⁴ GUERRA, Sergio. A Regulação Ambiental no Brasil deve ser exercida por entidades independentes? In: SAMPAIO, Rômulo S.R.; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio (Org.). **Tópicos de direito ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011, p. 137/158.

⁴⁵ BRASIL., Ministério do Meio Ambiente. Nota Técnica n. 10/2016/DSIS/DCRS/SAIC/MMA.

Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/sistema-nacional-do-meio-ambiente>>.

Acesso em: 15 jan. 2017.

observância ao artigo 30, incisos I e II da Constituição de 1988). A competência executiva para proteção do meio ambiente, por sua vez, estabelece a modalidade comum no tocante à atuação dos entes federativos para proteção do meio ambiente (artigo 23, IV). Assim, até o advento da Lei Complementar nº 140/2011⁴⁶, a sobreposição de competência dos entes federativos era constante, gerando significativa judicialização do procedimento licenciatório acerca do órgão licenciador competente, e consequente insegurança jurídica do instrumento.

Diante do contexto legal e institucional, traduzido na implementação do SISNAMA, formou-se uma “complexa e ineficiente rede institucional de órgãos e autarquias ambientais nas três esferas de governo”.⁴⁷

Corroborando com a chamada “ineficiência” do sistema, ressalta Antunes⁴⁸ que a estrutura instituída pelo SISNAMA por si só já demonstra a inequívoca vocação cartorial e burocrática do modelo de governança ambiental.

Em face do exposto, o excesso de regulamentações (leis estaduais, resoluções do CONAMA, instruções normativas do IBAMA, dentre outros atos normativos) na área resulta em uma série de encargos e custos ao empreendedor, gerando questionamentos acerca dos reais benefícios ambientais/sociais/econômicos por cuja legislação supostamente visa zelar. Portanto, o que se busca no cenário atual é a modernização e atualização desse arcabouço institucional, de forma que esteja apto a enfrentar as complexidades decorrentes da proteção ambiental em um cenário de desenvolvimento econômico e competitividade.

Com o objetivo de obter instrumentos para analisar o atual panorama de governança ambiental existente no Brasil, passa-se à descrição das respectivas competências dos órgãos instituidores do Sistema. Com isso, pretende-se demonstrar que uma das razões para a falta de efetividade do licenciamento ambiental também

⁴⁶ BRASIL. Constituição de 1988. Lei Complementar 140/2011, que fixa normas nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* do art. 23 da Constituição Federal, para cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum, relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, além de outras disposições.

⁴⁷ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha, **Regulação Ambiental**. p. 335.

⁴⁸ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 123.

está lastreada no modelo regulatório obsoleto imposto pelo SISNAMA perante os desafios impostos pela realidade atual.

Primeiramente, cumpre registrar o fato de que a racionalidade do sistema institucional tem seu pilar fundamental no Ministério do Meio Ambiente (MMA), em sua condição de órgão central do SISNAMA⁴⁹, uma vez que a Secretaria de Meio Ambiente da Presidência da República (SEMA) foi extinta pela Lei nº 7.735/1989⁵⁰ (Lei instituidora do IBAMA).

O Ministério do Meio Ambiente foi criado em novembro de 1992⁵¹, com a incumbência de promover a adoção de princípios e estratégias para o conhecimento, a proteção e a recuperação do meio ambiente, o uso sustentável dos recursos naturais, além da inserção do desenvolvimento sustentável na formulação e implementação de políticas públicas.⁵²

Compete ao MMA efetuar o planejamento, a coordenação, a supervisão e o controle da Política Nacional de Meio Ambiente, bem como ditar as diretrizes governamentais em relação à matéria.⁵³ Sua estrutura organizacional, recentemente alterada em razão do Decreto 8.975 de 24 de janeiro de 2017, inclui órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro do Estado; órgãos específicos singulares;

⁴⁹ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha., **Regulação Ambiental**, p. 336.

⁵⁰ Art. 1º: Ficam extintas: I - a Secretaria Especial do Meio Ambiente -SEMA, órgão subordinado ao Ministério do Interior, instituída pelo Decreto nº 73.030, de 30 de outubro de 1973;

⁵¹ Das autarquias que contribuíram diretamente para a construção do Ministério do Meio Ambiente, a Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE) foi criada pela Lei Delegada nº 10 de 11 e outubro de 1962, no âmbito do Ministério da Agricultura. Em 1967, por meio da Lei nº 5.227 foi criada a Superintendência da Borracha (SUDHEVEA), entidade com personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa, técnica e financeira, sob a jurisdição do Ministério da Indústria e do Comércio.

⁵² Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/institucional>>. Acesso em: 08.abr. 2016.

⁵³ Decreto 8.975 de 24 de janeiro de 2017.

Art. 1º O Ministério do Meio Ambiente, órgão da administração pública federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

- I - política nacional do meio ambiente e dos recursos hídricos;
- II - política de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, biodiversidade e florestas;
- III - proposição de estratégias, mecanismos e instrumentos econômicos e sociais para a melhoria da qualidade ambiental e o uso sustentável dos recursos naturais;
- IV - políticas para a integração do meio ambiente e a produção;
- V - políticas e programas ambientais para a Amazônia Legal; e
- VI - zoneamento ecológico-econômico.

órgãos colegiados (dentre estes o CONAMA); além de entidades vinculadas (dentre estas a Agência Nacional de Águas (ANA), o IBAMA e o Instituto Chico Mendes).⁵⁴

Em razão das competências atribuídas ao MMA, cumpre notar que se trata de órgão com função estritamente gerencial, desprovido, portanto, de poderes normativos ou de fiscalização na área ambiental (funções estas cometidas a outros órgãos do SISNAMA, conforme exposto mais adiante no presente trabalho).

Não obstante o fato de o Ministério do Meio Ambiente ocupar a posição de órgão central do SISNAMA, o centro nervoso do modelo institucional de governança ambiental no Brasil é composto pelo CONAMA, órgão consultivo e deliberativo com atribuição normativa, e por um órgão executor, o IBAMA, autarquia federal incumbida do poder de polícia em matéria ambiental.⁵⁵

Conforme se depreende das atribuições previstas na Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, a governança ambiental é caracterizada por uma bipartição entre execução e normatização, constituindo um organograma fragmentado em órgãos e autarquias distintos, em contrapartida ao modelo instituído com a criação das agências reguladoras independentes, que concentram as atividades normativa, fiscalizadora, sancionatória e adjudicatória.⁵⁶

Em consonância com o art. 6º, inciso I da Lei nº 6.938/81, como órgão superior do Sistema figura o Conselho de Governo, cuja função se traduz no assessoramento ao Presidente da República quanto à formulação da política nacional e às diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais. O Conselho de Governo é órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República⁵⁷ e reúne-se mediante sua convocação. De acordo com o art. 7º da Lei nº

⁵⁴ Decreto 8.975 de 24 de janeiro de 2017, Art. 2º.

⁵⁵ Lei 6.938/81, art.6º, inciso IV - órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências; (Redação dada pela Lei nº 12.856, de 2013).

⁵⁶ Conforme aprofundado no Capítulo 4 da dissertação.

⁵⁷ Lei nº 10.683 de 2003, Art. 1º, § 1º-inciso I.

10.683 de 2003⁵⁸, o Conselho é competente para assessorar o presidente da República na formulação de diretrizes da ação governamental.

Nota-se que tanto o órgão superior (Conselho de Governo) quanto o órgão central (Ministério do Meio Ambiente) apresentam em comum o planejamento e formulação da política nacional de meio ambiente, não havendo regulamentação clara quanto à divisão das competências supramencionadas.

Assim, passa-se ao exame do CONAMA, dada sua grande relevância para o SISNAMA em razão de seu caráter consultivo e deliberativo ao Conselho de Governo, bem como de sua competência normativa para estabelecimento de normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.2.1 Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA)

A importância da análise do CONAMA para o presente trabalho apresenta dois enfoques, decorrentes das competências atribuídas ao Conselho pela Lei da PNMA. Primeiramente, serão tecidas considerações de cunho institucional, concernentes à sua composição. Em seguida, dada sua incontestável relevância como principal órgão normativo em matéria ambiental, será analisada a extensão desta competência institucional no contexto regulatório ambiental.

O CONAMA, previsto no inciso II do art. 6º da Lei supracitada, é o órgão consultivo e deliberativo cuja finalidade é assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, além de deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões

⁵⁸ Art. 7º Ao Conselho de Governo compete assessorar o Presidente da República na formulação de diretrizes da ação governamental, dividindo-se em dois níveis de atuação:

I - Conselho de Governo, presidido pelo Presidente da República ou, por sua determinação, pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, que será integrado pelos Ministros de Estado e pelo titular do Gabinete Pessoal do Presidente da República;

II - Câmaras do Conselho de Governo, a ser criadas em ato do Poder Executivo, com a finalidade de formular políticas públicas setoriais cujo escopo ultrapasse as competências de um único Ministério.

§ 1º Para desenvolver as ações executivas das Câmaras mencionadas no inciso II do *caput*, serão constituídos Comitês Executivos, cuja composição e funcionamento serão definidos em ato do Poder Executivo.

compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Diante da previsão legal expressa, é possível concluir que o Conselho é uma entidade dotada de poder regulamentar.⁵⁹

Trata-se de órgão colegiado representativo de cinco setores: órgãos federais; órgãos estaduais; órgãos municipais; representantes do setor empresarial; representantes da sociedade civil. De acordo com a Portaria MMA nº 452 de 2011, o Conselho é composto pelo seu Plenário, pelo Comitê de Integração de Políticas Ambientais (CIPAM), pelo Grupos Assessores, pelas Câmaras Técnicas e pelos Grupos de Trabalho.

Registre-se o fato de que somente a composição do Plenário, presidida pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, consiste na reunião de mais de cinquenta representantes de órgãos federais, municipais e estaduais, sociedade civil, e demais entidades.⁶⁰ Ainda no que se refere à composição do Conselho, cumpre ressaltar que esta não está definida por lei, e sua previsão por simples Portaria a torna suscetível de constantes alterações.

Ademais, de acordo com a regra estabelecida no art. 3º, § 1º, da mencionada Portaria, também integram o Plenário do CONAMA, na condição de “Conselheiros Convidados” sem direito a voto, um representante do Ministério Público Federal, um representante dos Ministérios Públicos Estaduais e um representante da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. ANTUNES⁶¹ critica tal previsão, na medida em que, segundo o autor, no caso específico do Ministério Público e do Legislativo ela viola a separação dos Poderes prevista no art. 2º da Constituição e a autonomia funcional do Ministério Público.⁶²

⁵⁹ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 153.

⁶⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, Portaria MMA nº 452 de 2011, art. 3º.

⁶¹ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 131/134. O autor considera que a participação em Conselhos não poderia ser confundida com “função institucional”, visto que a capacidade de decisão do Ministério Público e a sua independência funcional restam prejudicadas ao participar do colegiado, tendo em vista ser uma prática elementar de qualquer regime democrático que os conselheiros se submetam às decisões dos colegiados que integram.

⁶² Art. 127 da CRFB: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Dentre as funções institucionais do Ministério Público previstas no art. 129 da CRFB, o inciso IX prevê: “(ix) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que

A competência legal do CONAMA está prevista no art. 8º da Lei nº 6.938/81, destacando-se, dentre as seis funções, “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, *normas e critérios* para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e supervisionada pelo referido Instituto”.⁶³ O inciso VI, por sua vez, prevê a competência privativa para *estabelecer normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores* (mediante anuência dos Ministérios competentes). Por fim, o inciso VII atribui competência ao Conselho para *estabelecer normas, critérios e padrões* relativos ao controle e à manipulação da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

Ao analisar o crescente deslocamento de matérias afetas ao Poder Legislativo para o Executivo, especialmente aquelas para as quais seja requerido elevado grau de informação técnico-científica, afirma Antunes que “[...] o Conama não ostenta explicitamente a condição de agência regulatória, muito embora a sua função normativa seja evidente [...]”.⁶⁴

Em que pese a competência expressa para o Conselho formular normas sobre os temas mencionados, a Lei instituidora do CONAMA não estabeleceu prazos, tampouco diretrizes, para que este órgão (e demais órgãos no âmbito estadual e municipal com funções regulatórias equivalentes) exerça sua atividade normativa⁶⁵. Em decorrência, questão objeto de constante questionamento se refere ao âmbito e aos limites da competência normativa do CONAMA. Nesse sentido, indaga Maria Luiza Werneck dos Santos, sintetizando a recorrente dúvida: “[...] tem o Conama competência para dispor sobre normas que inovem na ordem jurídica, criando obrigações e restrições novas e impondo penalidades aos administrados?”⁶⁶

compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica e entidades públicas”.

⁶³ Lei nº 6.938, art. 8º, inciso I.

⁶⁴ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 128/129.

⁶⁵ Cumpre registrar que a Lei da PNMA assume a função “lei-quadro” dada a sua abrangência, competindo-lhe, somente dispor sobre diretrizes gerais para elaboração de leis e normas secundárias de cunho ambiental com maior especificidade.

⁶⁶ SANTOS, Maria Luiza Werneck dos. “Considerações sobre os limites da competência normativa do Conama”. In: MILARÉ Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção

Questiona-se ainda se, em razão do disposto no art. 25 do ADCT, estaria vedada a ação normativa do CONAMA (incluídas suas resoluções e portarias), tendo em vista a seguinte previsão:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:
I - ação normativa [...]⁶⁷

Diante do dispositivo supracitado, sustenta-se que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União está limitada à previsão de normas gerais, que devem ter a natureza de lei formal. Em razão de tal assertiva, diplomas federais de hierarquia inferior, emitidos por órgãos subalternos à presidência da República, não teriam o condão de obrigar Estados e Municípios. Assim, por força do princípio da legalidade e da autonomia federativa, as resoluções do CONAMA não teriam validade.⁶⁸

No entanto, a interpretação mais escorreita acerca do tema deve ser aquela que proporcione uma visão geral e sistêmica dos termos “normas, critérios e padrões”. Ou seja, como tais termos vêm sendo empregados nas normas vinculadas à competência conferida ao CONAMA.

Trata-se, assim, de normas técnicas que fixam padrões reguladores de algo já instituído pela legislação (antecedido por previsão genérica em lei), tendo por objetivo o controle das atividades no tocante à preservação ambiental.

A doutrina ratifica o caráter técnico de suas normas, considerando que a competência delegada ao CONAMA tem, portanto, “[...] atribuição de natureza

Doutrinas Essenciais; v. 1., p. 1302). A autora conclui que, “[...] à luz do princípio constitucional da legalidade, somente por lei, no direito brasileiro, se regula a liberdade e a propriedade do cidadão, somente a lei pode impor obrigações de fazer ou não fazer. Desse modo, o Conama, como qualquer órgão administrativo, não pode inovar na ordem jurídica, ou seja, não pode impor a pessoas privadas [...] deveres e obrigações e, muito menos, instituir penalidades. Normas obscuras e imprecisas, sem densidade suficiente para sua aplicação [...] ferem o princípio da segurança jurídica que informa o Estado de Direito”.

⁶⁷ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Artigo 25. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988_15.12.2016/art_25_.asp>. Acesso em: 20 maio 2017.

⁶⁸ FIGUEIREDO, *Curso de Direito Ambiental*, p. 109/111.

técnica, de fixação de índices e parâmetros técnicos, a serem propostos por especialistas, peritos na matéria, pois, de fato, minúcias de caráter técnico não são próprias dos textos legislativos”.⁶⁹

Infere-se, destarte, que a competência conferida pela Lei nº 6.938/1981 ao CONAMA não consubstancia uma competência normativa no sentido de inovar a ordem jurídica, em observância ao princípio da legalidade. E ainda que se pudesse interpretar, em certos casos, a competência normativa, o art. 25 do ADCT da Constituição Federal de 1988 a revogou expressamente.⁷⁰

A importância da presente questão para o trabalho se deve ao fato de que uma das propostas normativas⁷¹ visa justamente alterar resoluções do CONAMA concernentes ao licenciamento ambiental. Além disso, tendo por objetivo final analisar criticamente o Projeto de Lei referente ao licenciamento ambiental, são tecidos comentários sobre a extensão da competência normativa do CONAMA, de modo que esta atribuição possa proporcionar maior efetividade não só ao instrumento licenciatório, mas a outros instrumentos porventura regulamentados pelo Conselho em comento.

Após as considerações relativas ao órgão responsável pela ação normativa na esfera da governança institucional ambiental, passa-se a analisar o órgão com atribuição executiva no âmbito do SISNAMA, qual seja, o IBAMA. Tendo em vista sua competência para executar o poder de polícia no âmbito federal, bem como para

⁶⁹ SANTOS, Maria Luiza Werneck dos. “Considerações sobre os limites da competência normativa do Conama” In: **Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental**, p. 1305. No mesmo sentido, FIGUEIREDO, **Curso de Direito Ambiental**, p. 109/111: “O que realmente importa considerar é que as resoluções do Conama destinam-se a efetivar a legislação vigente, não constituindo esta atividade uma forma de ação normativa usurpadora de competência assinalada ao Congresso Nacional. As situações disciplinadas pelo Direito Ambiental são multifacetárias e complexas. Exigindo regulamentação técnica com um nível de minúcias tal que não se pode pretender exigir da legislação ordinária [...] O art. 8º da Lei nº 6.938/81 em nenhum momento atribui ou delega competência ao Conama para qualquer tipo de ação normativa. Se assim o fizesse, esta atribuição ou delegação estaria hoje revogada pelo art. 25, inc. I, do ADCT. Não é, porém, o que ocorre. As resoluções do Conama visam a concretizar a aplicação do Direito Ambiental, no seu art. 225, inciso e parágrafos.”

⁷⁰ Em posição contrária, ver: MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 158: “A competência do Conama não foi atingida pelo disposto no art. 25 da ADCT [...] É necessário verificar as competências assinaladas na Constituição ao Congresso Nacional e as competências do Conama previstas no art. 8º da Lei 6.938/81, pois somente foram abrangidos os órgãos do Poder Executivo que estivessem exercendo funções que a Constituição reservou para o Congresso Nacional”.

⁷¹ Projeto de Resolução do CONAMA, alterando as Resoluções 01/86 e 237/97. Disponível em: <[www.mma.gov.br/port/conama/processos/1C-237C1B/PropResol_Rev237e01_1oGT%20\(2\).pdf](http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/1C-237C1B/PropResol_Rev237e01_1oGT%20(2).pdf)>. Acesso em: 21 julho, 2016.

executar ações de políticas nacionais de meio ambiente, não haveria que falar em efetividade do instrumento licenciatório sem antes analisar a estrutura do órgão licenciador.

2.2.2 Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)

Conforme já abordado no tópico anterior, o presente subitem tem por escopo descrever e analisar a estrutura institucional do IBAMA, visto que a identificação das fragilidades do licenciamento ambiental, desprovida de uma abordagem sobre o principal órgão executivo institucional, não seria capaz de vislumbrar o quadro institucional ambiental como um todo, comprometendo uma avaliação holística do sistema.

Neste sentido, como órgãos executores do SISNAMA, a Lei nº 6.938/81 confere ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) e ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio)⁷² a missão de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências.

Criado pela Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, a partir da extinção dos antigos órgãos Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF e da Superintendência da Borracha (SUDHEVA), então responsáveis pelos problemas ambientais no âmbito nacional, o IBAMA é constituído sob a forma de autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente.⁷³

⁷² Não se pretende no presente trabalho tecer maiores comentários sobre o ICMBio, visto que sua competência está relacionada às ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, o que, embora possa estar relacionado ao licenciamento de um projeto com impacto em unidade de conservação instituída pela União, não trata da questão principal atinente ao instrumento licenciatório, cuja competência é atribuída ao IBAMA, conforme já considerado. Nota-se também a fragmentação do poder normativo do CONAMA em razão de sua criação, visto que compete ao Instituto apresentar e editar normas e padrões de gestão de Unidades de Conservação federais. V. Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, art. 1º.

⁷³ Lei nº 7.735/89, art. 2º, alterado pela Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, artigo 5º.

De acordo com a Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007⁷⁴, compete ao IBAMA exercer o poder de polícia ambiental, bem como executar ações de políticas nacionais de meio ambiente referentes às atribuições federais, relativas a licenciamento ambiental, controle da qualidade ambiental, autorização de uso dos recursos naturais, fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes expedidas pelo Ministério do Meio Ambiente. Compete ainda à referida autarquia executar as ações supletivas de competência da União.

Frise-se que, desde a edição Lei nº 6.938/81 e já na vigência da Constituição Federal de 1988, verificou-se um processo de ajuste do IBAMA, seja na sua estrutura interna, seja em suas interações com outros órgãos governamentais e determinados setores da sociedade civil. Exemplo disso é a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio)⁷⁵, o qual, entre outras competências passou a exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União, competência atribuída anteriormente ao IBAMA.

No entanto, como já ressaltado por Antunes⁷⁶, a criação do IBAMA teve o mérito de congregar, em um único organismo, diversas entidades que não lograram uma atuação conjunta. Como já abordado, antes da criação do Instituto, havia pelo menos quatro órgãos⁷⁷ voltados para as questões ambientais, desprovidos, no entanto, de força política e econômica no desempenho de suas funções. Nesse sentido, a criação do IBAMA representou um progresso significativo para a área ambiental.

Em contrapartida, uma série de problemas são constatados ao longo desses quase trinta anos de existência da autarquia. A complexidade da temática ambiental e seus deslindes na realidade de um país continental como o Brasil (afora a grande disparidade na realidade social dos respectivos estados da Federação), “[...] desembocam em problemas político-administrativos, técnicos e econômicos que

⁷⁴ Lei nº 7.735/89, art. 2º, alterado pela Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, artigo 5º.

⁷⁵ A Associação Nacional dos Servidores do IBAMA ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 4029) questionando a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

⁷⁶ ANTUNES, **Direito Ambiental.**, p. 142.

⁷⁷ O IBAMA é, portanto, formado a partir da fusão de quatro órgãos: SEMA, SUDEPE, SUDHEVEA e IBDF.

puseram em xeque a estrutura e o funcionamento do IBAMA, comprometendo o seu desempenho.”⁷⁸

Com efeito, um dos obstáculos mais significativos inerentes à atuação do Instituto seria a falta de uma definição clara no que diz respeito às tarefas a serem desenvolvidas, em razão da evidente superafetação de atribuições. Destaca-se, ainda, o fato de que a sobreposição de competências tão distintas como planejamento, gestão, fiscalização e execução, potencializa uma série de graves conflitos no interior do mesmo órgão.⁷⁹

Aponta-se também as constantes pressões políticas dirigidas ao Instituto, especialmente no âmbito de procedimentos licenciatórios de empreendimentos estratégicos para o país, colocando em xeque sua autonomia conferida por lei (como será considerado adiante, sugere-se a adoção de regime jurídico que conferisse maior autonomia ao Instituto, nos moldes do modelo implementado pelas agências reguladoras independentes).⁸⁰

Em razão do exposto, verificam-se as fragilidades decorrentes dos órgãos institucionais da PNMA, tanto no âmbito normativo, CONAMA, quanto no âmbito executivo, representado, no âmbito federal pelo IBAMA. Todavia, os obstáculos para a melhor efetividade do licenciamento ambiental não se restringem aos problemas institucionais apontados. Em decorrência, há que se identificar os instrumentos para execução da PNMA e suas respectivas falhas, visto que somente mediante a implementação coordenada destes é que será viabilizado um licenciamento mais ágil e seguro.

2.3 Instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente

⁷⁸ MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p. 641.

⁷⁹ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 142. Entre alguns problemas já apontados pelo autor, no sentido de que órgãos de controle ambiental não devem se confundir com órgãos encarregados de gestão de unidades de conservação, o Governo Federal interveio no IBAMA e retirou algumas das suas principais atribuições, passando-as ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

⁸⁰ Vide Jornal O GLOBO. “Presidente do Ibama alega motivos pessoais e pede demissão. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/presidente-do-ibama-alega-motivos-pessoais-pede-demissao-2839313>. Acesso em 05 maio 2016.

Pretende-se no presente tópico proceder à análise dos principais instrumentos da Lei da PNMA. São estes: o Zoneamento Ecológico Econômico; a definição de padrões de qualidade; a avaliação ambiental; o próprio licenciamento e a imposição de penalidades disciplinares ou compensatórias. Como instrumentos auxiliares, constam os incentivos econômicos, a informação, participação e educação ambiental. Da efetividade da concatenada implementação desses instrumentos depende a efetividade do licenciamento ambiental.

Os treze instrumentos da PNMA encontram-se listados no artigo 9º da Lei nº 6.938/81⁸¹. Essa lista reflete deficiente técnica legislativa na medida em que instrumentos individualmente considerados podem ser agrupados em um dos gêneros mencionados acima. É o caso, por exemplo, da criação de espaços territoriais especialmente protegidos, que compõem o instrumento do zoneamento ecológico econômico. Ressalte-se, ainda, que não são todos os instrumentos que têm previsão legal detalhada, sendo necessária a regulamentação a respeito de sua aplicação.

Releva notar também distinção da natureza de alguns dos instrumentos da PNMA, tendo em vista sua essência puramente estatal, via instrumentos de comando e controle, em face de outros de natureza privada. Os exemplos mais comuns de instrumentos de comando e controle são referentes às regras de zoneamento, à

⁸¹ Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

I - o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;

II - o zoneamento ambiental; (Regulamento);

III - a avaliação de impactos ambientais;

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

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

VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989);

VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;

VIII - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;

IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental;

X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; (Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989)

XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; (Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989);

XII - o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais. (Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989);

XIII - instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006).

definição de padrões qualidade, à imposição de estudos ambientais, bem como à exigência de prévio estudo de impacto para o licenciamento de atividades com significativo potencial poluidor.

Assim, com exceção dos incentivos à produção e à instalação de equipamentos e à criação ou absorção de tecnologia (inciso V) e dos instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental e seguro ambiental (inciso XIII), todos os demais instrumentos podem ser caracterizados como de natureza administrativa de gestão ambiental. Ou seja, percebe-se prevalência no uso de instrumentos de comando e controle, em detrimento dos instrumentos econômicos, a qual também pode ser atribuída à falta de capacidade institucional para aplicação destes.⁸²

Em última análise, os tópicos referentes aos instrumentos não seguem a ordem dos incisos previstos no diploma legal, tendo em vista que, como já pontuado, o artigo 9º da Lei da PNMA não aponta a ordem lógica referente à implementação desses instrumentos, demonstrando, portanto, falta de técnica legislativa.

2.3.1 Zoneamento ambiental

Tendo como pressuposto a necessidade de uma visão estratégica do território nacional, tão diversificado do ponto de vista ambiental, social e econômico, o planejamento ambiental territorial está diretamente conectado ao desenvolvimento

⁸² REIS, Eustáquio J.; MOTTA, Ronaldo Seroa de. The application of economic instruments in environmental policy: the Brazilian case. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 551-576, 1994. Disponível em: [<bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/626/7976Finance>](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/626/7976Finance). Acesso em: 07 maio 2017 *apud Aspectos Jurídicos dos Instrumentos Econômicos de Gestão Ambiental*. Apontam-se falhas institucionais, relativas à falta de capacidade governamental para monitorar e implementar os comandos normativos, além de processar e punir os infratores.

regional, na medida em que atua como instrumento de regulação das tendências de distribuição de atividades produtivas.

De acordo com posicionamento do Ministério do Meio Ambiente⁸³, a visão estratégica por trás do instrumento “[...] tem como elemento central a preocupação com a retomada do território enquanto quadro ativo de integração do arcabouço produtivo, social e ambiental”.

Nesse contexto, previsto no inciso II do art. 9º da Lei nº 6.938/81, o zoneamento ambiental visa subsidiar processos de planejamento e de ordenação do uso e da ocupação do território – daí seu caráter preventivo –, assim como no tocante à utilização de recursos ambientais.

Por essa razão, justifica-se sua menção como primeiro instrumento a ser analisado, uma vez que, segundo Antunes, “[...] não seria exagerado afirmar que, conjuntamente com o licenciamento ambiental, o zoneamento é um dos mais importantes instrumentos institucionais de prevenção aos danos ambientais e de controle das atividades potencialmente poluidoras”.⁸⁴

As regras para o uso do solo e o desenvolvimento de atividades em um espaço territorial há de serem previstas antes do licenciamento ambiental. Portanto, o zoneamento corretamente realizado detém estreita ligação com a melhor efetividade do licenciamento, uma vez que a organização do território, com a identificação de potencialidades e fragilidades, tem como consequência a redução de conflitos ligados à implantação de projetos.

O referido instrumento foi regulamentado pelo Decreto nº 4.297/2002, passando a ser denominado Zoneamento Ecológico Econômico (ZEE). O artigo 2º do Decreto assim o define:

Art. 2º - O ZEE, instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental

⁸³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/gestao-territorial/zoneamento-territorial>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

⁸⁴ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 223.

destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população.

O ZEE tem por objetivo geral, de acordo com o artigo 3º do Decreto supramencionado, organizar, de forma vinculada, as decisões dos agentes públicos e privados referentes a planos, programas, projetos e atividades que utilizem recursos naturais (direta ou indiretamente), de forma que assegure a manutenção do capital e dos serviços ambientais dos ecossistemas.

Cumpra ressaltar a previsão contida no Parágrafo único do art. 3º do Decreto regulamentador, dispondo que o ZEE, na distribuição espacial das atividades econômicas, poderá estabelecer vedações, restrições e alternativas de exploração de território, além de determinar, quando for o caso, a realocação⁸⁵ de atividades incompatíveis com suas diretrizes gerais.

Registre-se, ainda, que o planejamento ambiental se encerra na Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), comentada mais adiante, inerente à escolha ou decisão embasada pela formulação de uma política de governo que leve em consideração, quando da implantação de programa ou projeto de desenvolvimento, as variáveis políticas econômicas e sociais. Portanto, na esfera do planejamento ambiental como gênero, um dos modelos possíveis de serem aplicados seria via zoneamento ecológico econômico (ZEE).⁸⁶

Dessa forma, a respeito da estreita ligação entre instrumentos ambientais e sua correspondente efetividade, Paulo Affonso Leme Machado considera que “[...] o zoneamento dever ser a consequência do planejamento. Um planejamento mal-

⁸⁵ Com relação à efetividade do instrumento, no tocante à possibilidade de realocação prevista acima, esta não poderá ser determinada pelo ZEE, ainda que legalmente estabelecido. A realocação só poderá ser concretizada com a aplicação de instrumento diverso, qual seja, o licenciamento ambiental. V. MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p. 732. Adverte o autor que configurada a incompatibilidade do plano, programa ou atividade com a diretriz do ZEE, não caberá a outorga ou a renovação da licença ambiental, permanecendo inviabilizada a iniciativa, seja por parte do setor público, seja do particular, dado que o ZEE é procedimento legalmente estabelecido.

⁸⁶ MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p. 740/741. Sintetiza o autor que a AIA encontra-se na esfera do Licenciamento Ambiental, enquanto a AAE está na seara do Planejamento Ambiental.

estruturado, mal-fundamentado, poderá ensejar um zoneamento incorreto e inadequado”.⁸⁷

Sucedo, todavia, que no Brasil o planejamento é próximo à situação de inexistência, e quando é executado, ocorre de forma setorial, desconhecendo realidades distintas, além de diferentes vocações territoriais e populacionais.⁸⁸

Em razão de tais assertivas, resta inquestionável a interdependência dos instrumentos de regulação ambiental para que a Política Nacional de Meio Ambiente cumpra os objetivos mencionados na sua Lei instituidora. Ressalte-se ainda o fato de que não é suficiente estabelecer um rigoroso planejamento e ordenamento territorial, concebido de acordo com os objetivos de conservação ambiental, do desenvolvimento econômico e da justiça social, se tais ações não forem acompanhadas da criação e do fortalecimento de novas condições institucionais e financeiras que impliquem na sua implementação.⁸⁹

A falta de efetividade do zoneamento reflete negativamente no licenciamento ambiental, ao trazer questões que fogem ao escopo deste, contribuindo para as constantes críticas quanto ao seu bom funcionamento.

2.3.2 Padrões de qualidade ambiental

O estabelecimento dos padrões de qualidade ambiental figura como o primeiro instrumento previsto na Lei da PNMA, no art. 9º, inciso I da Lei 6.938/81.

⁸⁷ MACHADO, **Direito Ambiental Brasileiro**, p. 192.

⁸⁸ VULCANIS, Andrea. **Os problemas do licenciamento ambiental e a reforma do instrumento**. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/artigos-juridicos/os-problemas-do-licenciamento-ambiental-e-a-reforma-do-instrumento>>. Acesso em: 20 maio 2016. p. 7.

⁸⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/gestao-territorial/zoneamento-territorial>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

No entanto, como já considerado, a melhor técnica legislativa, em relação ao dispositivo referente aos instrumentos previstos para execução da PNMA, indicaria como primeiro instrumento o zoneamento para posteriormente tratar dos padrões de qualidade ambiental. Isso porque, definidas as potencialidades e fragilidades do território via zoneamento ecológico-econômico, passa-se a definir, de acordo com critérios técnicos, os padrões de qualidade respectivos para cada uma das escolhas executadas mediante ZEE. Em seguimento, da correta e técnica definição desses padrões também depende a efetividade do licenciamento ambiental. Portanto, se a escolha não observou critérios técnicos, resultando em padrões advindos de pressões de outra natureza, o licenciamento ambiental também restará comprometido.

Em razão da especificidade da disciplina e de seu caráter multidisciplinar, a legislação ambiental não pode prescindir de parâmetros e critérios técnicos, uma vez que estes decorrem de aplicações científicas necessárias à manutenção do equilíbrio ecológico preconizado no art. 225 da Constituição Federal de 1988.⁹⁰

Os padrões nacionais de qualidade ambiental foram estabelecidos pelo IBAMA e aprovados pelo CONAMA, por meio da Resolução nº 03/90. Assim, de acordo com previsão contida no art. 1º da Resolução, “são padrões de qualidade do ar concentrações de poluentes atmosféricos que, ultrapassados, poderão afetar a saúde, a segurança e o bem-estar da população, bem como ocasionar danos à flora e à fauna, aos materiais e ao meio ambiente em geral”.

Tais padrões constituem, portanto, limites legais⁹¹ da presença de poluentes atmosféricos durante tempo estabelecido. Com efeito, além da obtenção de um estágio de conhecimento técnico e científico, o instrumento também está vinculado a fatores sociais, no sentido do que é aceito pela sociedade de determinada região quanto aos

⁹⁰ Nesse contexto, tendo em vista a demanda institucional e normativa sobre a questão, foi editada pelo CONAMA a Resolução 005/1989, que criou o Programa Nacional de Controle de Qualidade do Ar – PRONAR. De acordo com a Resolução, o PRONAR passou a figurar como “um dos instrumentos básicos da gestão ambiental para proteção da saúde e bem estar das populações e melhoria de vida com o objetivo de permitir o desenvolvimento econômico e social do país de forma ambientalmente segura, pela limitação dos níveis de emissão de poluentes por fontes de poluição atmosférica [...]”. Com vistas a alcançar os objetivos preconizados pelo PRONAR, definiu-se como estratégia básica o estabelecimento de limites nacionais para as emissões, por tipologia de fontes e poluentes prioritários, “[...] reservando o uso dos padrões de qualidade do ar como ação complementar de controle”. Resolução CONAMA 005/1989, item 2.

⁹¹ MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p. 703.

níveis ou graus fixados como poluentes. Dessa forma, as diretrizes recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) observam essa heterogeneidade, reconhecendo que os governos devem considerar com bastante cautela suas circunstâncias e características locais, antes de adotar os valores propostos como padrões nacionais.⁹²

Tendo em vista essa ligação concatenada entre o funcionamento regular de um instrumento ambiental para gerar efetividade em instrumento diverso, impende registrar o fato de que as normas de emissão condicionam a obtenção da licença, na medida em que o órgão licenciador competente tem o dever legal de examinar o projeto apresentado para verificar se as normas de emissão serão observadas. Assim, o estabelecimento de normas potencialmente causadoras de dano à saúde da população, ou tenham o condão de afetar o equilíbrio ecológico, pode ser objeto de ação judicial com vistas à sua anulação.⁹³ Constata-se, dessa forma, a judicialização do licenciamento, tendo origem na falta de efetividade de instrumento diverso.

Outro aspecto crítico referente à aplicabilidade do instrumento diz respeito à fragilidade de tais padrões serem estabelecidos via Resolução do CONAMA.

Como já comentado no tópico referente ao Conselho, a função normativa das questões afetas à área ambiental ficou a cargo deste órgão colegiado. Assim, ao CONAMA ficaram reservadas, entre outras funções, a deliberação e normatização dos padrões de qualidade ambiental. Ocorre que a fragilidade no estabelecimento de padrão de ordem técnica reside na instável composição do CONAMA, visto que há evidente privilégio na representação popular indireta, via organizações da sociedade civil,⁹⁴ em detrimento de técnicos especializados.

2.3.3 Avaliação de impactos ambientais (AIA)

⁹²BRASIL.,Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/qualidade-do-ar/padroes-de-qualidade-do-ar>>. Acesso em: 08 fev. 2017. Os padrões de qualidade do ar, segundo publicação da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2005, variam de acordo com a abordagem adotada para balancear riscos à saúde, à viabilidade técnica, às considerações econômicas e a vários outros fatores políticos e sociais, os quais por sua vez dependem, entre outras coisas, do nível de desenvolvimento e da capacidade nacional de gerenciar a qualidade do ar.

⁹³ MACHADO, **Direito Ambiental Brasileiro**, p. 283.

⁹⁴ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 234.

Como terceiro instrumento da PNMA previsto na Lei nº 6.938/81, a avaliação de impactos ambientais (AIA) figura como gênero das espécies Estudo de Impacto Ambiental (EIA); Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV); e Relatório Ambiental Preliminar (RAP); bem como diversos estudos específicos exigidos no curso do procedimento licenciatório.

Importante destacar a distinção, muitas vezes confundida, entre o instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), “Avaliação de Impacto Ambiental” (AIA) e uma ferramenta de instrumento diverso da mesma Lei, denominada “Estudo de Impacto Ambiental” (EIA).

A relevância do instrumento para o estudo pretendido reside na importância de uma avaliação bem formulada para o deslinde do procedimento de licenciamento ambiental. Assim, a efetividade da AIA, implementada em suas diferentes modalidades (a depender do grau de risco do impacto gerado pelo empreendimento/atividade), está por sua vez ligada a um zoneamento bem formulado e consequente definição de padrões de qualidade com base em critérios técnicos e subsidiados de ampla informação⁹⁵, além da participação qualificada. Somente quando observado esse procedimento a AIA será capaz de viabilizar embasamento apropriado para o licenciamento, fomentando, assim, sua efetividade.

O gênero “Avaliação de Impactos Ambientais” tem sua inspiração lastreada no Direito norte-americano, que, em 1970, editou o “*National Environmental Policy Act*”, exigindo que as agências federais, antes da tomada de decisão acerca da viabilidade de um projeto, estudassem os efeitos ambientais dos empreendimentos propostos.⁹⁶

⁹⁵ Informação a ser levantada na fase da AAE na condição de parte do ZEE.

⁹⁶ **United States Environmental Protection Agency (EPA)**. Disponível em: <<https://www.epa.gov/nepa/what-national-environmental-policy-act>>. Acesso em: 21 fev. 2017. *Section 102 in Title I of the Act requires federal agencies to incorporate environmental considerations in their planning and decision-making through a systematic interdisciplinary approach. Specifically, all federal agencies are to prepare detailed statements assessing the environmental impact of and alternatives to major federal actions significantly affecting the environment. These statements are commonly referred to as Environmental Impact Statements (EIS) and Environmental Assessments (EA).*

A autora inglesa Jane Holder, em seu livro *Environmental Assessment*⁹⁷, oferece uma definição também aplicável às avaliações ambientais estratégicas (de planos e programas), considerando a avaliação de impactos ambientais como um processo para identificação dos possíveis efeitos biológicos, geológicos, além do aspecto do ambiente físico e saúde humana quando da implementação de atividades particulares, políticas e planos. Acrescenta a autora, na sua definição, a consideração da participação pública da população afetada, bem como o escopo do instrumento para levar a informação àqueles responsáveis pelas sanções cabíveis. Conclui Holder, por fim, que o instrumento não visa exclusivamente ao embasamento de decisão final sobre a viabilidade de um projeto. O que se pretende por intermédio do instrumento é o reconhecimento deste como um processo com vários estágios que envolvem negociação, participação e monitoramento.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988, no inciso IV do art. 225 estabelece que, para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outras medidas a serem adotadas caberá “[...] exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”. Nesse sentido, a Carta Constitucional prevê o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) como instrumento de gestão ambiental para empreendimentos potencialmente causadores de significativo impacto ambiental.

Antes da edição da Carta Constitucional de 1988, o CONAMA editou, em 1986, o primeiro regramento legal da AIA, por meio da Resolução 01/1986 que, por sua vez, apenas regulamentou a figura do “Estudo de Impacto Ambiental” para implementação da AIA como um dos instrumentos da PNMA. Com a restrição conferida pela Resolução no sentido de apenas regulamentar o EIA, há tendência em considerar que a AIA se limita ao referido instrumento, “[...] razão provável do grande atraso da utilização dos métodos e práticas de AIA no planejamento governamental”.⁹⁸

⁹⁷ HOLDER, Jane. **Environmental Assessment: The Regulation of Decision Making**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 33/34.

⁹⁸ OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. Licenciamento Ambiental do setor elétrico – Análise da Legislação vigente. Brasília, publicação interna do Ministério do Meio Ambiente. Secretaria da Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA), 2001, p. 14. *apud* MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p. 743.

Em razão do exposto, como modalidade de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) configura um instrumento de suma relevância no tocante à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação ambiental. Além de atender à legislação, especialmente aos princípios e objetivos expressos na Lei da PNMA, a Resolução CONAMA supracitada estabelece, no artigo 5º, as diretrizes gerais para sua elaboração (dentre estas, a contemplação de alternativas tecnológicas e locacionais do projeto, e a identificação e avaliação dos impactos ambientais gerados), bem como a execução de atividades técnicas previstas no art. 6º, tais como o diagnóstico ambiental da área de influência do projeto e a análise dos impactos ambientais deste último e suas alternativas.

No contexto da governança ambiental brasileira, o EIA destaca-se como um dos principais instrumentos da PNMA, na medida em que seu principal propósito reside na antecipação de futuros impactos advindos de projetos a serem empreendidos. Com base nesse diagnóstico, o EIA fornece o subsídio técnico para a tomada de decisão proveniente do órgão ambiental competente quanto à viabilidade ambiental do projeto, reservada a discricionariedade da Administração Pública para conceder ou não a licença ambiental .

Daí decorre a sua relevância para garantia de efetividade do licenciamento. Sucede, contudo, que o EIA é objeto de sérias críticas em razão de deficiências na sua elaboração, gerando morosidade no procedimento (tendo em vista requerimentos de complementação por parte do órgão licenciador) e comprometimento da proteção ambiental almejada (em razão da possibilidade de impactos não previstos e, conseqüentemente, não mitigados).

2.3.4 Criação de espaços territoriais especialmente protegidos

Apesar de a criação de espaços especialmente protegidos constar como instrumento no dispositivo legal sob exame, este poderia estar inserido dentro do já mencionado ZEE, tendo em vista que é na ocasião de elaboração do zoneamento que se definiriam as áreas de especial interesse ecológico.

No entanto, impende ressaltar que, dentre as críticas quanto à morosidade e burocracia do procedimento licenciatório, aponta-se a interveniência dos órgãos integrantes do SISNAMA como um dos principais obstáculos, visto que o andamento do processo depende da elaboração de pareceres específicos correlatos ao bem ou direito a ser protegido. Assim, na proposta da Lei Geral do Licenciamento, analisada no Capítulo 5 da presente dissertação, a manifestação dos órgãos gestores de unidades de conservação, assumida como prévia e vinculante, deixaria de ser vinculante, configurando retrocesso em termos de poder dos órgãos ambientais gestores de áreas protegidas.

Em face do exposto, busca-se no presente tópico tecer breves considerações acerca da relevância desse instrumento no âmbito da PNMA, como subsídio para avaliar a importância de sua interveniência no curso do processo de licenciamento ambiental.

A instituição de espaços territoriais especialmente protegidos constitui, nas palavras de Figueiredo⁹⁹, “[...] uma das mais relevantes incumbências do poder público na busca da efetividade do princípio da função social da propriedade em sua dimensão ambiental”.

A Lei Federal nº 7.084/1989 acrescentou, entre os instrumentos já previstos na Lei da PNMA, o inciso VI do artigo 9º, estabelecendo a “[...] criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público Federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas.”

Dentre os tipos de espaços protegidos, destacam-se as áreas de preservação permanente, previstas no Novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012); a Reserva Legal (prevista no mesmo diploma legal); as áreas tombadas em razão de seu valor ecológico; e as unidades de conservação.

Com a edição da Lei nº 9.985/2000, foi instituído o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), regulamentando o parágrafo 1º, incisos I, II, III e IV, do artigo 225 da Constituição Federal. Em consonância com o artigo 2º, inciso I, entende-se por unidade de conservação:

⁹⁹ FIGUEIREDO, *Curso de Direito Ambiental*., p. 182.

[...] espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

As unidades de conservação contêm duas categorias, as Unidades de Proteção Integral e as Unidades de Uso Sustentável¹⁰⁰, conforme o grau de escala de proteção.

A criação das referidas unidades, de acordo com o artigo 22 da Lei do SNUC, se dá por ato do Poder Público, após estudos técnicos e consulta pública. O ato normativo de criação das unidades de conservação não exige lei em sentido formal, podendo estas, portanto, ser criadas via decreto.¹⁰¹

No tocante à transformação total ou parcial das unidades de conservação do grupo de Uso Sustentável para o grupo de Proteção Integral, esta transformação será concretizada por meio de ato normativo do mesmo nível hierárquico do ato que criou as unidades, de acordo com o § 5º do artigo 22 da Lei do SNUC.

Já no que se refere à desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação, conforme prevê o § 7º do artigo 22, esta somente será viabilizada mediante lei específica. Registre-se que a Lei do SNUC segue previsão já estabelecida na Constituição Federal, inciso III do § 1º do artigo 225¹⁰².

No contexto do seu papel como instrumento da PNMA, o SNUC apresenta objetivos e diretrizes bem delimitados, de acordo com os artigos 4º e 5º da Lei do

¹⁰⁰ As unidades de Proteção Integral compreendem as seguintes categorias: I) Estação Ecológica; II) Reserva Biológica; III) Parque Nacional; IV) Monumento Natural e V) Refúgio da Vida Silvestre. V. art. 8º, incisos I a V. As Unidades de Uso Sustentável são constituídas por sete categorias: I - Área de Proteção Ambiental; II - Área de Relevante Interesse Ecológico; III - Floresta Nacional; IV - Reserva Extrativista; V - Reserva de Fauna; VI - Reserva de Desenvolvimento Sustentável e VII - Reserva Particular de Patrimônio Natural. V. art. 14, incisos I a VII.

¹⁰⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme, **Direito Ambiental Brasileiro**, p. 822/823. “A Lei 9.985/2000 não exigiu que as unidades de conservação fossem criadas pela lei. O art. 22 estatui que “as unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público”. Nada impede, contudo, que a lei seja o instrumento utilizado para sua criação, observando-se que a iniciativa da lei que ensejará a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica” federal é do Presidente da República (art. 61, parágrafo 1º, II, *a*, da Constituição Federal).

¹⁰² Art. 225, III, § 1º - “definir em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes, a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei.” O Professor Paulo Affonso Leme Machado ressalta que “[...] não só a diminuição de limites da unidade de conservação necessita de lei específica, como, também a alteração das finalidades dessa unidade.” In: MACHADO, **Direito Ambiental Brasileiro**.

SNUC. Sua estrutura assemelha-se à estrutura de governança do SISNAMA, uma vez que, de acordo com o artigo 6º da Lei, o CONAMA atuará como órgão consultivo e deliberativo, sendo o órgão central coordenador do Sistema o Ministério do Meio Ambiente e, como órgãos executores, o Instituto Chico Mendes e o IBAMA, em caráter supletivo.

Adicionalmente, para que o SNUC figure como instrumento eficaz da Política Ambiental, importante que não sejam mais criados os chamados “parques de papel” por atos legislativos duvidosos, o que, tendo em vista a reiterada falta de implementação dos espaços a serem criados e protegidos pelo Poder Público, “[...] acaba por induzir a uma falsa noção de proteção.”¹⁰³

2.3.5 Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA)

Previsto no inciso VII do artigo 9º da Lei n. 6.938/81 como um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente e regulamentado pelo Decreto 99.274/1990 no seu artigo 11, inciso II, o Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA) é o instrumento responsável pela gestão de informação no âmbito do SISNAMA. O SINIMA tem como principal meta a sistematização das informações necessárias à tomada de decisão por parte do órgão ambiental nas três esferas de governo.¹⁰⁴

O instrumento foi mencionado no presente tópico tendo em vista que está diretamente vinculado à execução do ZEE tanto na definição dos padrões de qualidade ambiental quanto na elaboração de quaisquer das espécies de Avaliação de Impacto

¹⁰³ GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz; LEUZINGER, Márcia Dieguez. **O Financiamento do Sistema Nacional de Unidades de Conservação do Brasil**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512457/001041600.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 mar. 2017. Complementam as autoras que isso ocorre em razão dos seguintes motivos: escassez de recursos financeiros; falta de pessoal; ausência de planos de manejo; falta de critérios científicos para a escolha da categoria de manejo, formato e dimensão das unidades de conservação; existência de populações tradicionais residentes em unidades de proteção integral; falta de regularização fundiária; entre outros.

¹⁰⁴ Portaria MMA nº 160/2009. Seção II. Da Gestão da Informação. Art. 11. A gestão da informação é compreendida, no âmbito das políticas de governo eletrônico, como um conjunto de processos sistematizados, articulados e intencionais, capazes de assegurar a habilidade de criar, coletar, organizar, transferir e compartilhar informações estratégicas que podem servir para a tomada de decisões, para a gestão de políticas públicas e para inclusão do Ministério como produtor de conhecimento coletivo.

Ambiental (AIA). Com efeito, a coordenação institucional proporcionada pelo fluxo de informações entre diferentes órgãos da mesma esfera federativa (bem como em esferas distintas) são de grande relevância para subsidiar o efetivo processo de licenciamento ambiental.¹⁰⁵

Tendo por escopo atender ao suporte técnico e administrativo do CONAMA, a Secretaria Executiva do Ministério do Meio Ambiente (MMA) deverá “[...] coordenar, por meio do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA), o intercâmbio de informações entre os órgãos integrantes do SISNAMA” (Decreto 99.274/1990, artigo. 11, II).

Conforme definição do próprio MMA, o Sistema “[...] é considerado pela Política de Informação do MMA como plataforma conceitual baseada na integração e compartilhamento de informações entre os diversos sistemas existentes ou, a construir, no âmbito do SISNAMA [...]”.¹⁰⁶

A Portaria nº 160/2009 do MMA ressalta, nos artigos 1º e 2º, o princípio de compartilhamento e integração dos órgãos do SISNAMA. Nesse aspecto, dentro dos desafios para a plena implantação da metodologia de indicadores, busca-se ampliar seu

¹⁰⁵ Arelada à informação ambiental também está a participação social (incidente na elaboração do ZEE e na AIA) nas questões atinentes à proteção ambiental. Assim, com vistas a proporcionar maior efetividade à participação como instrumento de informação, a educação ambiental também é fundamental. LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. 2. ed. rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Destaca o autor o paralelismo que se vislumbra nos termos empregados pelo legislador, ao fazer referência à educação e ao meio ambiente (artigos 205 e 225), “[...]quase que como se quisesse acentuar a relevância e a semelhança de tratamento dado a esses dois valores básicos da ordem social”.

¹⁰⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/informacao-ambiental/sistema-nacional-de-informacao-sobre-meio-ambiente-sinima>>. Acesso em: 08 mar..2017. O SINIMA é o instrumento responsável pela gestão da informação no âmbito do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), de acordo com a lógica da gestão ambiental compartilhada entre as três esferas de governo, tendo como forma de atuação três eixos estruturantes: Eixo 1 - Desenvolvimento de ferramentas de acesso à informação; Eixo 2 - Integração de bancos de dados e sistemas de informação. Esses dois eixos são interligados e tratam de ferramentas de geoprocessamento, em consonância com diretrizes estabelecidas pelo Governo Eletrônico - E-gov, que permitem a composição de mapas interativos com informações provenientes de diferentes temáticas e sistemas de informação. São desenvolvidos com o apoio da Coordenação Geral de Tecnologia da Informação e Informática (CGTI) do MMA; Eixo 3 - Fortalecimento do processo de produção, sistematização e análise de estatísticas e indicadores relacionados com as atribuições do MMA. Este é o eixo estratégico do SINIMA cuja função precípua é fortalecer o processo de produção, sistematização e análise de estatísticas e indicadores ambientais; recomendar e definir a sistematização de um conjunto básico de indicadores e estabelecer uma agenda com instituições que produzem informação ambiental; propiciar avaliações integradas sobre o meio ambiente e a sociedade. Com propósito de melhor encaminhar os trabalhos relativos a indicadores do Eixo Três, foi criado um Grupo de Trabalho sobre Indicadores -

escopo, do âmbito federal para o estadual, a fim de envolver, entre outros órgãos oficiais, os órgãos estaduais de meio ambiente, com vistas ao intercâmbio de informações à luz dos preceitos do SISNAMA, do SINIMA e da Política de Informação do MMA.¹⁰⁷

No tocante à eficácia do instrumento no contexto da Política Nacional de Meio Ambiente, o SINIMA obteve significantes avanços, na medida em que houve a integração de outros sistemas de informação alinhados com a gestão ambiental, tais como informações nacionais acerca do licenciamento ambiental; informações sobre o zoneamento ecológico-econômico do Bioma da Caatinga¹⁰⁸; cadastro de unidades de conservação, entre outras fontes de informação.

Todavia, em que pesem os avanços mencionados, uma das principais falhas apontadas pelo instrumento em análise está na articulação institucional dos órgãos, tendo em vista que:

A razão é que os diferentes órgãos responsáveis setorialmente pela coleta e armazenamento de informações e dados de natureza ambiental (solos, vegetação, recursos minerais, dentre outros) nunca quiseram disponibilizá-los, por temerem, de uma lado, a perda do controle sobre as informações e, de outro lado, a responsabilidade por sua gestão.¹⁰⁹

O instrumento em análise, portanto, carece não só de maiores índices de informação, mas também de participação pública, visto que, à luz do Direito administrativo participativo¹¹⁰, o processo decisório da Administração Pública ocorre em colaboração com os cidadãos, de forma direta ou por intermédio de organizações e associações legalmente constituídas em conselhos consultivos.

2.3.6 Penalidades disciplinares ou compensatórias

¹⁰⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/informacao-ambiental/sistema-nacional-de-informacao-sobre-meio-ambiente-sinima>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹⁰⁸ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/2460-gt-define-criterios-para-zoneamentoecologico-economico-da-caatinga>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹⁰⁹ SANTOS, Thereza Christina Carvalho; CÂMARA, João Batista Drummond (Org.). Brasília: Ibama, 2002, p. 17 *apud* MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p. 835.

¹¹⁰ BIM. Eduardo Fortunato, **Licenciamento Ambiental**, p. 180.

O estabelecimento de penalidades disciplinares ou compensatórias como instrumento da PNMA, sob a ótica da efetividade do licenciamento, tem por escopo diminuir o incentivo do tomador de risco (no caso, o empreendedor da atividade com significativo impacto) a descumprir as regras impostas pela legislação ambiental. Nesse sentido, a imputação de penalidades administrativas opera como instrumento de aumento de prevenção do dano, ampliando, por sua vez, a efetividade da gestão ambiental. A aplicação do instrumento em comento contribui, portanto, para maior efetividade do licenciamento ambiental.

A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece, no seu artigo 70, uma definição geral de infração administrativa ambiental, considerada como “[...] toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. Com efeito, a imputação de infrações administrativas e, em decorrência, a imposição de penalidades implicam o exercício do poder de polícia ambiental, cujo conceito foi estabelecido pela doutrina de Paulo Affonso Leme Machado:

Poder de Polícia Ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.¹¹¹

A Lei nº 9.605/98 foi regulamentada pelo atual Decreto nº 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, além de estabelecer o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

O fundamento jurídico para a existência de infrações administrativas ambientais está lastreado na Constituição Federal, ao prever, no § 3º do art. 225 que “[...] as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Neste aspecto,

¹¹¹ MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 332.

cumprir ressaltar que as três esferas de responsabilidade ambiental (civil, administrativa e penal) são independentes entre si.

Ademais, releva notar que o sistema de infrações administrativas ambientais está enquadrado no chamado Direito Administrativo Sancionador, cuja doutrina estuda toda a atividade punitiva desempenhada pela administração pública fora do campo criminal. Dessa forma, de acordo com Mascarenhas¹¹², no ramo da atividade sancionadora da administração pública pode ser incluída a atividade sancionadora das agências reguladoras.

Em última análise, em consonância com a doutrina de Fábio Medina Osório¹¹³, a finalidade repressora ou punitiva da sanção administrativa já inclui a penalidade disciplinar.

A aplicação de penalidades disciplinares ou compensatórias configura um instrumento de grande relevância, dentro do contexto da PNMA, para inibir condutas ilegais, tipificadas em normas proibitivas, em que pese a complexidade do seu elemento teleológico.¹¹⁴ Assim, por meio desse instrumento, além do controle das atividades potencial ou efetivamente poluidoras do meio ambiente por parte dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, permite-se maior celeridade no campo punitivo independentemente da intervenção do Poder Judiciário, conferindo agilidade no exercício da competência executiva em matéria ambiental dos entes federativos.

2.3.7 Instrumentos econômicos

Tendo por escopo uma regulação ambiental mais efetiva, a PNMA visa estabelecer uma política ambiental que integre os instrumentos de comando e controle, já considerados nos tópicos anteriores, e os instrumentos econômicos de gestão ambiental.

112 MASCARENHAS. Rodrigo Tostes de Alencar. “Infrações Administrativas Ambientais no Estado do Rio de Janeiro. Notas sobre a Lei nº 3647/00.” **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 58, 2004.

113 OSÓRIO. Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 104.

114 *Ibidem*, p. 102/103.

Assim, os instrumentos econômicos operam como instrumentos auxiliares às políticas de comando e controle. Tais instrumentos atuam no sentido de alterar o preço (custo) de utilização de um recurso, internalizando as externalidades e afetando, em última análise, seu nível de utilização.¹¹⁵ Em outras palavras, buscam dar efetividade a determinada regra com um custo social significativamente menor.

A Lei nº 11.284/2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, entre outras providências¹¹⁶ incluiu os instrumentos econômicos (art. 9º, XIII) no rol dos instrumentos previstos na Política Nacional de Meio Ambiente.

Ademar Ribeiro Romeiro, do Instituto de Economia da Unicamp leciona:

A valoração econômica-ecológica deve procurar levar em conta a complexidade ecossistêmica, de modo a deixar claro que os valores monetários obtidos representam apenas parte do que está ameaçado. Os serviços ecossistêmicos resultam de funções ecossistêmicas as quais, por sua vez, são frutos de complexos processos ecológicos que ocorram em uma dada estrutura sistêmica. Além, disso, a percepção do seu valor não é puramente econômica. É preciso, portanto, introduzir outros critérios (ecológico e ético-social), além do econômico, em um processo coletivo de tomada de decisões em condições de superar as limitações das avaliações individuais. Somente então os incentivos econômicos por meio do mercado poderão jogar um importante papel na regulação e direcionamento (alocação) do consumo destes bens e serviços, sem que a resiliência ecossistêmica seja ameaçada.¹¹⁷

A referida Lei nº 11.284/2006 instituiu uma regulamentação mais contemporânea, na medida em que estabeleceu regras ambientais que levem em consideração a atividade econômica. Isso porque, como é notório, a Lei nº 6.938/81 é anterior à Carta Constitucional de 1988. Por esse motivo, a inserção de instrumentos econômicos na Política Nacional de Meio Ambiente visou à compatibilização e

¹¹⁵ MOTTA, Ronaldo Seroa de. **O Uso de instrumentos econômicos na gestão ambiental**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.

¹¹⁶ Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro (SFB); cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF); altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências.

¹¹⁷ ROMEIRO, Ademar Ribeiro. "Economia ou economia política da sustentabilidade." In: MAY, Peter H. (Org.). **Economia do Meio Ambiente: teoria e prática**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 – 4. reimpressão. p. 26/27.

atualização do referido diploma legal, com “[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” prevista no artigo 170 da Constituição Federal que estabelece os princípios gerais da atividade econômica.

No que diz respeito à eficácia do instrumento, a Lei nº 11.284/2006 prevê instrumentos específicos, quais sejam: a concessão florestal, a servidão ambiental e o seguro ambiental.

Prevista no art. 3º, inciso VII, a concessão florestal é a “[...] delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar o manejo florestal sustentável para exploração de produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal”. A intenção que sobressalta no referido instrumento reside, segundo Milaré, na transformação da biodiversidade em atividade real, promovendo, portanto, o uso sustentável da floresta, “[...] auxiliando no combate ao desmatamento ilegal e também a grilagem de terras em florestas importantes, como a amazônica.”¹¹⁸

A servidão ambiental foi incluída na Lei da PNMA, no seu art. 9º-A, com redação dada pela Lei 12.651/2012, que instituiu o Novo Código Florestal. O referido dispositivo legal estabelece que:

O proprietário ou possuidor de imóvel, pessoa natural ou jurídica, pode, por instrumento público ou particular ou por termo administrativo firmado perante o órgão integrante do Sisnama, limitar o uso de toda a sua propriedade ou de parte dela para preservar, conservar ou recuperar os recursos ambientais existentes, instituindo servidão ambiental.

A servidão pode ser onerosa ou gratuita, temporária (prazo mínimo de 15 anos, conforme Art. 9º-B, §1º) ou perpétua, dependendo da existência de remuneração e fixação ou não de tempo de vigência, conforme previsto no art. 9º-B da Lei nº 6.938/81.

Importante ressaltar ainda que tal instrumento não se aplica às Áreas de Preservação Permanente e à Reserva Legal mínima exigida, sendo requisito da Lei sua averbação no registro de imóveis competente.¹¹⁹

O caráter econômico do instrumento em comento está refletido no §2º do artigo 9º-B, ao dispor que “[...] a servidão ambiental perpétua equivale, para fins

¹¹⁸ MILARÉ, **Direito do Ambiente.**, p. 848/849.

¹¹⁹ Art. 9º-A, §§ 2º e 4º.

creditícios, tributários e de acesso aos recursos de fundos públicos, à Reserva Particular de Patrimônio Natural – RPPN” (definida no art. 21 da já mencionada Lei do SNUC¹²⁰). Assim, percebe-se a intenção do legislador em promover benefícios econômicos indiretos ao instituidor da servidão ambiental.

O seguro ambiental também figura como um dos instrumentos econômicos previstos na Lei da PNMA. O seguro para riscos ambientais se enquadra na categoria de seguro de danos. Sua existência consolida a ideia sob a qual “[...] a recíproca incidência existente entre responsabilidade civil objetiva (ou por risco) e seguro, de modo que [...] há uma responsabilidade objetiva do empreendedor em promover o asseguração dos riscos ambientais inerentes à sua atividade”.¹²¹

No entanto, no Brasil, ainda não há regulamentação desse instrumento. A legislação aplicável ao instituto encontra-se na Constituição Federal,¹²² ao estabelecer a responsabilidade ambiental nas três esferas, tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas, por condutas lesivas ao meio ambiente. Em sede infraconstitucional, outro dispositivo legal aplicável à matéria encontra-se previsto na Lei 6.938/81¹²³ (PNMA), ao dispor sobre a obrigação do poluidor, “[...] independente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” A Lei de Crimes Ambientais¹²⁴ também prevê no seu artigo 3º a responsabilidade das pessoas jurídicas nas esferas administrativa, cível e penal, “nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”

Cabe ressaltar, ainda nesse contexto, a responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras que, conforme lição de Raslan:

[...] acaso as instituições financeiras concedam financiamentos para projetos de obras ou atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, nos termos dos artigos 10 da Lei nº 6.938/1981...estarão aptas a serem responsabilizadas civilmente por danos ambientais decorrentes da obra ou atividade financiada, ainda

¹²⁰ Lei nº 9.985/2000.

¹²¹ FERRA. Fabio Garcia Leal; ARNOLDI. Paulo Roberto Colombo. “Seguros de responsabilidade civil por riscos ambientais.” In: MANIGLIA, Elisabete (Org.). **Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais**. São Paulo. Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2011. p. 177/178.

¹²² BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 225, par. 3º.

¹²³ Lei nº 6.938/81, art. 14, par. 1º.

¹²⁴ Lei nº 9.605/98.

que como poluidor indireto, mas sempre sob o espectro da solidariedade com o empreendedor, poluidor direto [...].¹²⁵

Depreende-se, diante do exposto, que qualquer empresa pode encontrar-se exposta a riscos ambientais decorrentes de suas atividades, tornando o instrumento de seguro ambiental de suma importância para a proteção contra poluição ambiental acidental, de forma que abranja perdas e danos sofridos tanto pelo próprio segurando quanto por terceiros.

Verifica-se, dessa forma, que a correta operação dos instrumentos econômicos potencializa a efetividade do licenciamento ambiental, ao permitir que empresas alcancem metas mais restritas, de forma mais flexível, com os corretos incentivos econômicos implementados.

2.3.8 Conclusões parciais sobre a efetividade dos instrumentos da Lei da PNMA

A Lei da Política Nacional Ambiental, por meio da previsão dos instrumentos mencionados, visa à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente, além da difusão de tecnologia referente ao manejo do meio ambiente, entre outros objetivos elencados no seu artigo 4º.

Infere-se, diante dos objetivos a serem alcançados, a necessidade da implementação e execução de seus instrumentos de forma harmônica e sinérgica a fim de viabilizar seus propósitos. A edição de novos instrumentos também contribui para trilhar o caminho de novas soluções, em que pese a necessidade de maiores regulamentações.

As soluções da PNMA para reagir às externalidades, como já considerado, se dão de duas maneiras: i) via políticas de comando e controle, regulamentando o comportamento de forma direta; ou ii) via implementação de políticas baseadas no mercado, “[...] que fornecem incentivos para que os tomadores de decisões privados decidam resolver o problema entre si”.¹²⁶

¹²⁵ RASLAN, Alexandre Lima. **Responsabilidade civil ambiental do financiador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 212/213.

¹²⁶ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. cap. 10, p. 190.

Portanto, a legislação pátria, se considerarmos sua edição desde o ano de 1981, evoluiu no que diz respeito à previsão de instrumentos tanto de comando e controle (regulamentando o comportamento diretamente), com vistas à regulamentação de atividades de potencial impacto ambiental, quanto por meio de políticas baseadas no mercado.

A consecução dos objetivos de uma política pública ambiental eficiente dependerá, nesse caso, de maior capacitação por partes dos entes que aplicam tais instrumentos, bem como da viabilidade de recursos para esta implementação, além da sinergia com políticas públicas advindas dos demais setores e, em última instância, da coerência para dosar a aplicação de medidas de conteúdo repressivo (aplicado com maior ênfase no âmbito nacional) com as medidas de conteúdo mais preventivo.

Conforme se buscou demonstrar, a efetividade do licenciamento ambiental está diretamente conectada à efetividade dos demais instrumentos previstos na Lei da PNMA. Cumpre observar, em especial, os instrumentos que antecedem o licenciamento, na medida em que a correta elaboração do zoneamento, bem como o estabelecimento de padrões de qualidade tecnicamente subsidiado, os quais resultam, por sua vez, em uma base sólida para a implementação dos estudos de avaliação de impacto visam, por fim, conferir maior segurança jurídica ao processo licenciatório.

3 O LICENCIAMENTO NO CONTEXTO DA GOVERNANÇA AMBIENTAL BRASILEIRA

3.1 O instrumento como forma de controle das atividades potencialmente poluidoras

O licenciamento ambiental, nas palavras de Eduardo Bim “[...] é o processo decisório estatal, decorrente do poder de polícia, exclusivo do Executivo, no qual se permite que uma atividade ou empreendimento seja realizado”.¹²⁷

Em acepção mais abrangente, o referido instrumento pode ser apontado como uma intervenção estatal, decorrente dos instrumentos de comando e controle (poder de polícia) utilizados pela Administração Pública na sua atividade regulatória diante das externalidades negativas¹²⁸, geradas durante o processo produtivo.¹²⁹

Com efeito, a doutrina inglesa considera que o licenciamento é exemplo típico de uma forma de regulação frequentemente referida como ferramenta de “comando e controle”. O termo “comando e controle” tem implicações depreciativas, visto sob uma ótica de imposição por parte de autoridade pública do atendimento às regras (*standards*) ambientais, além de técnicas uniformes de controle da poluição em grandes áreas e instalações.¹³⁰

¹²⁷ BIM, **Licenciamento Ambiental**, p. 338.

¹²⁸ MANKIW, **Princípios de Microeconomia**. *Externalidades negativas e políticas de comando e controle*. “O governo pode solucionar uma externalidade tornando obrigatórios ou proibidos determinados tipos de comportamento. Por exemplo, é crime jogar produtos químicos tóxicos nos reservatórios de água. Neste caso, os custos externos para a sociedade superam em muito os benefícios para o poluidor. Assim, o governo institui uma política de comando e controle que proíbe totalmente esse tipo de ação.”

¹²⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142/143. A autora considera que: “Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas ‘externalidades negativas’. São chamadas externalidades porque, embora resultante da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão ‘privatização de lucros e socialização de perdas’, quando identificadas as externalidades negativas.”

¹³⁰ HOLDER, Jane; LEE, Maria. **Environmental Protection, Law and Policy**. 2nd Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 352. Versão original: “*Licensing is the archetypal example of a form of regulation often referred to as ‘comand and control’. The term ‘comand and control’ has derogatory implications, the typical caricature involving the imposition by a public authority of uniform environmental standards and uniform pollution control techniques across broad areas and large numbers of installations Licensing is the archetypal example of a form of regulation often referred to as ‘comand and control’.*”

No âmbito nacional, o licenciamento ambiental, antes mesmo da edição da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente (“PNMA”), já vigorava como instrumento de regulação ambiental para atividades potencialmente causadoras de poluição nos estados do Rio de Janeiro, por meio do Decreto Lei nº 134 de 1975,¹³¹ de São Paulo.¹³²

A legislação básica de regência do processo de licenciamento ambiental no Brasil encontra-se na referida Lei nº 6.938/81, bem como nas Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) nº 001/86 e nº 237/97, comentadas mais à frente.¹³³

Com a instituição da PNMA, editada com fundamento no artigo 8º, item XVII, alíneas ‘h’ e ‘i’, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967¹³⁴ e a posterior implementação do Sistema Nacional de Meio Ambiente (“SISNAMA”), por meio da Lei nº 8.028 de 1990, ao introduzir o artigo 6º na PNMA, foram previstos no artigo 9º os instrumentos da referida Política Nacional de Meio Ambiente, conforme detalhado no capítulo anterior. Entre os instrumentos está previsto o licenciamento ambiental (inciso IV do art. 9º da Lei nº 6.938/81).

O artigo 10 da PNMA, por sua vez, tratou da hipótese de incidência, ao estabelecer que “[...] a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou

¹³¹ Decreto Lei nº 134 de 1975:

Art. 8º - As pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as entidades da administração indireta estadual e municipal que vierem a se instalar no território do Estado, cujas atividades industriais, comerciais, agropecuárias, domésticas, públicas, recreativas e outras, possam ser causadoras de poluição, ficam obrigadas a, sob pena de responsabilidade:

I – submeterem à aprovação da FEEMA, anteriormente à sua construção ou implantação, os projetos, planos e dados característicos relacionados à poluição ambiental;

II – prévia autorização da CECA para operação ou funcionamento de suas instalações ou atividades que, real ou potencialmente se relacionem com a poluição ambiental.

¹³² BRASIL. Ministério do Meio Ambiente – MMA. Guia de Procedimentos do Licenciamento Ambiental Federal. Disponível: em

<http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/Procedimentos.pdf>. Acesso em: 18 maio 2016.

¹³³ Registre-se que há também regras específicas para licenciamento de determinadas atividades como petróleo (Resolução CONAMA 23 de 07 de dezembro de 1994, que institui procedimentos específicos para o licenciamento das atividades relacionadas à exploração e lavra de jazidas de combustíveis líquidos e gás natural).

¹³⁴ Constituição Federal de 1967 editada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.”¹³⁵

De acordo com a ordem econômica constitucional em vigor no Brasil, o exercício da atividade econômica no país é livre, no sentido de que independe de prévia intervenção do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei, conforme estabelece o Parágrafo Único do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988.¹³⁶

Esse mesmo dispositivo, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 42¹³⁷, enumera os princípios norteadores da ordem econômica, conforme previsão transcrita *ipsis litteris*:

Art. 170 - A 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 seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX - [...]

Diante dessa previsão constitucional, depreende-se que a CRFB consagra uma economia de mercado de natureza capitalista, tendo em vista que a livre iniciativa é um princípio básico da ordem capitalista.¹³⁸ No entanto, um dos grandes desafios apresentados à ordem econômica nacional consiste no equilíbrio dos demais princípios, destacando-se, para o tema em comento, a defesa do meio ambiente,

¹³⁵ Redação recentemente alterada pela Lei Complementar nº 140, de 2011.

¹³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 453. Para o autor, pode-se conceituar o ordenamento econômico como “a função administrativa que, através de um conjunto de atribuições de caráter ordinatório, fiscalizador e sancionador, torna efetiva uma ordem juridicamente imposta aos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas, visando a finalidades de interesse público, pela correta realização dos princípios econômicos constitucionalmente adotados.”

¹³⁷ Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 709.

previsto no inciso VI. Ou seja, a previsão constitucional implica a consideração de que toda atividade econômica só pode ser desenvolvida de forma legítima enquanto atende ao princípio que reputa a defesa do meio ambiente¹³⁹, entre os demais relacionados no artigo.

No que se refere à intervenção do Poder Público na atividade privada, elucidada Paulo Afonso Leme Machado:

O procedimento de licenciamento ambiental inicial, ou de sua renovação, é de extrema relevância. A intervenção do Poder Público na vida profissional ou na atividade de uma empresa só é admissível pela Constituição Federal em razão do interesse geral. Portanto, não pode converter-se em mera expedição de alvará, sem outras considerações ou avaliações. Se houver relaxamento da parte do Poder Público, o licenciamento ambiental transforma-se numa impostura; de um lado submete o empresário honesto a uma despesa inócua e, de outro lado, acarreta injustificável prejuízo para um vasto número de pessoas, que é a população que paga tributos.¹⁴⁰

Dentro desse contexto (controle pelo poder público das atividades econômicas das quais possam resultar intervenções no meio ambiente) se constitui o licenciamento ambiental como instrumento de gestão ambiental de grande destaque, uma vez que, por meio desse procedimento, “[...] a Administração pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.”¹⁴¹

Em observância às atribuições e competências cometidas ao CONAMA, conferidas pela Lei nº 6.938/81 e regulamentadas pelo Decreto nº 99.274/1990, e considerando a necessidade de “[...] revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, de forma a efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental, instituído pela Política Nacional de Meio Ambiente”¹⁴², foi editada a Resolução CONAMA nº 237, em 19 de dezembro de 1997.

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 9. ed. p. 50.

¹⁴⁰ MACHADO, **Direito Ambiental Brasileiro**, p. 278/279.

¹⁴¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**, p. 777.

¹⁴² Resolução CONAMA 237/97. <Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 19 maio.2016.

No tocante ao licenciamento ambiental, a Resolução supramencionada estabeleceu que:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
I - Licenciamento Ambiental: 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.

Em outras palavras, o licenciamento ambiental é o “[...] complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão da licença ambiental”¹⁴³, caracterizando-se como um encadeamento de atos administrativos, daí sua aceção como procedimento administrativo.¹⁴⁴

A recente Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011¹⁴⁵ ratifica o natureza de procedimento administrativo do licenciamento ambiental “[...] destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

Impende ressaltar, no entanto, que alguns autores¹⁴⁶ reconhecem a natureza processual do licenciamento ambiental, e não como mero procedimento, implicando a “[...] admissão do direito de apresentar recursos, formular defesas específicas, apresentar pareceres técnicos e análises que se façam necessárias para a defesa dos

¹⁴³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 466. “Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compõe esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria [...]”.

¹⁴⁵ Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Art. 2º, inciso I.

¹⁴⁶ MEDAUAR, Odete, *apud* ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 174/175.

direitos e interesses em jogo”¹⁴⁷, a fim de garantir determinado grau de contraditório às partes envolvidas.

Com relação à sua natureza jurídica, a doutrina tradicional¹⁴⁸ de Direito Administrativo considera a licença como ato vinculado, pelo qual a Administração faculta ao administrado o exercício de uma atividade, quando demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos.

Todavia, no que se refere às licenças ambientais, tendo em vista o caráter de generalidade das normas ambientais (não estabelecendo, normalmente, padrões específicos para determinada atividade), estas são preenchidas por exame técnico apropriado, consistente na discricionariedade técnica conferida à autoridade¹⁴⁹ administrativa.

No caso de atividades de significativo impacto ambiental passíveis de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental, a dificuldade se avulta, uma vez que a decisão do órgão licenciador não se restringe, ou melhor, não se vincula aos resultados obtidos pela aferição técnica do citado EIA. Daí a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado empregar a expressão “licenciamento ambiental” como equivalente a “autorização ambiental”, indicando que a Administração pública pode intervir periodicamente no controle da qualidade ambiental da atividade licenciada.¹⁵⁰

Com vistas à adoção de um posicionamento a respeito do tema no âmbito do presente estudo, alinhamos nosso entendimento no sentido de que não há atos inteiramente vinculados ou inteiramente discricionários, e sim “[...] uma situação de preponderância, consistente na aferição de maior ou menor liberdade deliberativa do

¹⁴⁷ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 225.

¹⁴⁸ MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 420. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. 2006. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 157: “Licenças são atos vinculados que expressam a concordância da Administração com atividades dos administrados, desde que preenchidos determinados requisitos legais.”

¹⁴⁹ MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p. 782, *apud* FIGUEIREDO Lúcia Valle In: Discriminação constitucional das competências ambientais. Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças administrativas. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, n. 35, p. 53, 2004. Ressalta o autor que: “Essa dificuldade se avulta nos casos em que a licença ambiental está condicionada a prévio estudo de impacto ambiental, cujo resultado não é vinculante para o administrador, que poderá escolher uma das soluções encontradas no relatório, mesmo que não seja ela a preferida da equipe técnica elaboradora do estudo”.

¹⁵⁰ MACHADO, **Direito Ambiental Brasileiro**, p. 275/276. O autor ratifica seu posicionamento no sentido de que o conceito de “licença”, na acepção do Direito Administrativo brasileiro, não está presente na expressão “licença ambiental”.

seu agente”.¹⁵¹ No âmbito do procedimento licenciatório, predomina a subordinação da manifestação da Administração Pública ao requerimento do interessado, desde que atendidos os pressupostos legais relacionados à proteção do meio ambiente.

Nesse contexto, consideramos que, ao menos na fase de expedição da Licença Prévia (LP), que, como será adiante demonstrado, é concedida na fase preliminar do empreendimento, atestando sua viabilidade ambiental, a decisão de concessão da licença é político-administrativa, havendo, portanto, um viés discricionário na respectiva avaliação.

Tal posicionamento encontra respaldo na doutrina de Antonio Inagê de Assis Oliveira, ao considerar que:

A decisão de conceder ou não a licença é político-administrativa, portanto leva em linha de conta outros critérios que os exclusivamente técnicos. Há razões do interesse do Estado que se sobrepõe aos critérios técnicos centrados puramente na preservação do meio ambiente.¹⁵²

No que se refere às características da licença ambiental nas atividades de significativo impacto ambiental, estas se desdobram em três subespécies. Dessa forma, no Brasil, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras é trifásico, ou seja, executado em três etapas distintas. De acordo com a previsão contida no artigo 8º da Resolução CONAMA nº 237/1997, existem três tipos de licença ambiental a serem expedidas pelo Poder Público.

Estas três licenças a serem expedidas pelo Poder Público consistem nas seguintes modalidades: a) Licença Prévia (LP), concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e planejamento, além de atestar a viabilidade ambiental, e estabelecer os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas fases subsequentes de implementação do projeto; b) Licença de Instalação (LI), autoriza a instalação do empreendimento ou

¹⁵¹ MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p.784/785. Pondera o autor que não há que se falar, portanto, em equívoco do legislador na utilização do vocábulo licença. O equívoco, neste contexto, “[...] está em pretender identificar na *licença ambiental*, regida pelos princípios informadores do Direito do Ambiente, os mesmos traços que caracterizam a *licença tradicional*, modelada segundo o cânon do Direito Administrativo, nem sempre compatíveis”.

¹⁵² OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **O Licenciamento Ambiental**. São Paulo: Iglu, 199, p. 213, *apud* BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento Ambiental**. p. 344.

atividade em conformidade com as especificações previstas nos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual, frise-se, constituem motivo determinante; e por fim, c) Licença de Operação (LO), “[...] autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento das condicionantes previstas na LP e na LI, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.”¹⁵³

A Resolução CONAMA nº 237/97 estabeleceu um roteiro mínimo, composto por oito etapas a serem observadas no processo de licenciamento ambiental, conforme previsto no artigo 10¹⁵⁴.

No tocante à regulamentação federal do processo de licenciamento ambiental, deve-se levar em conta que o licenciamento atualmente no Brasil está inserido tanto na análise de grandes projetos de infraestrutura, relacionados a planos e programas federais e estaduais, quanto nas pequenas atividades de impacto local, licenciadas na esfera de competência municipal.¹⁵⁵

Com base nas previsões normativas acima consideradas, o licenciamento ambiental posto na prática, nos seus mais de quarenta anos de existência, trouxe uma

¹⁵³ Resolução CONAMA nº 237/97, Art. 8º, inciso III.

¹⁵⁴ Resolução CONAMA nº 237/97, Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;

III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;

IV - 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;

V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;

VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

¹⁵⁵ SILVA, Nilvo Luiz Alves de. **Avaliação rápida de projetos de lei sobre Licenciamento**

Ambiental e proposições para aprimoramento. 2015, p. 1. Disponível em:

<<http://avaliacaodeimpacto.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Avaliação-rápida-PLs-licenciamento-09-agosto-2015.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

gama de conflitos e discussões, tornando-se um dos temas mais controvertidos e menos compreendidos no âmbito nacional.

A Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, em documento para discussão sobre o licenciamento ambiental, pronunciou-se a respeito do problema do licenciamento ambiental da seguinte forma:

Critica-se tudo no processo de licenciamento: a demora injustificada, as exigências burocráticas excessivas, as decisões pouco fundamentadas, a insensatez desenvolvimentista de empreendedores, a contaminação ideológica do processo. O que não ainda não se compreendeu com clareza – ou, ao menos, não se expressou com precisão – é a raiz do problema.¹⁵⁶

Em razão do exposto, na contramão dos objetivos criados para dar efetividade ao instrumento, o cenário atual é configurado pela intensa judicialização¹⁵⁷ do instrumento, emperrando os procedimentos de concessão de licenças e gerando grande insegurança jurídica nos setores cuja atividade dependa do procedimento licenciatório ambiental.

No entanto, para o devido enfrentamento da questão, é necessário avaliar os obstáculos de forma sistêmica, uma vez que várias das principais causas dos problemas de licenciamento ambiental - tais como a desarticulação entre políticas setoriais e a PNMA, além da ineficiência de instrumentos da PNMA dos quais depende o licenciamento – são externas a ele e não dizem respeito à sua regulamentação.¹⁵⁸

¹⁵⁶ 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: 16 maio.2016

¹⁵⁷ MORAES, Raimundo. Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil: excesso ou garantia de participação? **Revista de Direito Ambiental**, v. 10, n. 38, p. 2014-237, abr./jun. 2005.

¹⁵⁸ Nilvo Silva. Comentários do Ex-diretor de Licenciamento Ambiental do Ibama a respeito das principais causas da problemática do licenciamento ambiental: “Há o problema da capacidade das restrições ambientais, tanto de quantidade de recurso quanto da qualidade desses recursos, há problema de falta de autonomia decisória desses órgãos, de tomar decisões importantes e também o problema de falta de investimentos, tanto nos recursos para que esses órgãos ambientais possam trabalhar quanto investimentos em políticas públicas de meio ambiente, como por exemplo, na área de planejamento e produção de conhecimento para que se possa tomar decisões corretas por parte dos órgãos ambientais.” Ata de Audiência Pública sobre Licenciamento Ambiental, realizada em 08 de março de 2016. Procuradoria Regional da República da 3ª região. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala->

As críticas¹⁵⁹ a esse importante instrumento de regulação ambiental são de origens diversas, bem como a diversidade de obstáculos à sua efetividade. Com base nessa premissa, busca-se, nos próximos tópicos, analisar algumas destas fragilidades, a fim de colher subsídios para a análise crítica da proposta normativa para sua alteração.

3.2 Características do processo decisório do licenciamento ambiental

3.2.1 Os estudos ambientais como subsídios do processo decisório do licenciamento ambiental.

Como uma das modalidades da avaliação de impactos ambientais (AIA), prevista entre os instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA)¹⁶⁰, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) apresenta-se como subsídio à análise da expedição da licença ambiental, no curso do procedimento de licenciamento ambiental.

No sistema jurídico brasileiro, o EIA possui natureza jurídica de “instituto constitucional, constituindo-se um instrumento da PNMA”¹⁶¹, cuja finalidade precípua consiste em auxiliar, como fonte de informação técnica, “a consecução plena e total dos objetivos fixados pela PNMA.”¹⁶²

Assim, a apresentação do referido Estudo para fins de licenciamento ambiental de empreendimentos com potencial de causar significativo impacto ambiental constitui, a um só tempo, uma exigência legal, prevista da Lei instituidora

de-imprensa/noticias-r3/confira-ata-da-audiencia-publica-2016/licenciamento-ambiental-ameacado2016d>. Acesso em: 24 maio 2016.

¹⁵⁹ Vide, por exemplo, Documento para discussão da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República sobre o Licenciamento Ambiental. De acordo com o documento, a primeira face do problema seria a ausência de lei, reforçando o excesso de discricionariedade administrativa e atuação desgovernada, além da falta de compatibilização entre preservação e desenvolvimento e inexistência de processo de avaliação ambiental estratégica integrada. Disponível em: <http://www.robertounger.com/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹⁶⁰ Lei 6.938/81 de 31 de agosto de 1981, artigo 9º, inciso III.

¹⁶¹ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 341/342.

¹⁶² Id.

da PNMA, e um compromisso constitucional¹⁶³ traduzido na obrigação do Estado de zelar pela proteção dos recursos ambientais.

A professora inglesa Jane Holder considera o Estudo de Impacto Ambiental como um dos principais elementos para a evolução do Direito Ambiental, além de peça fundamental para balizar o processo de tomada de decisão sobre a implementação de determinado projeto, conforme sua doutrina:

*Environmental assessment describes a process of predicting the likely effects of a proposed Project, plan, or policy on the environment prior to a decision being made about whether these should proceed...The development and refining of this legal form reflects and has also shaped key developments in other areas of environmental law, particularly the move towards integration of legal controls. This gathering of environmental law around environmental assessment may be seen as an example of the convergent evolution of environmental law, with the maturing of environmental assessment regimes signifying the growing conceptual coherence of environmental law as a discipline, worth of its own principles, regimes and methodologies and distinct from related areas such as planning law.*¹⁶⁴

Cumprir notar que, logo após a aprovação da Lei nº 6.938/81, o já revogado Decreto 88.351/83¹⁶⁵ atrelou o licenciamento ao estudo ambiental, no seu artigo 18.¹⁶⁶

¹⁶³ O Artigo 225 da CRFB, no tocante à diretriz específica da proteção ao meio ambiente, estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbindo ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, dentre outras medidas: “IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade [...]”. ANTUNES pondera que o conceito, todavia, é aberto e somente pode ser preenchido por meio da edição de atos normativos, sejam legais ou regulamentares. Em interpretação inversa, “se a atividade não se incluir entre aquelas que possam *efetiva* ou *potencialmente* ser agentes de *poluição* ou de *degradação*, o Estudo de Impacto Ambiental será inexigível.” **Direito Ambiental**, p. 343.

¹⁶⁴ HOLDER, Jane. **Environmental Assessment. The Regulation of Decision Making**. p. 1. “O estudo de impacto ambiental descreve o processo referente à previsão dos possíveis impactos decorrentes de projetos, planos ou medidas políticas antes da tomada de decisão sobre a implementação de uma atividade...O desenvolvimento e refinamento do conceito legal do estudo reflete e molda outros instrumentos chave em diversas áreas de direito ambiental, particularmente no que tange ao controle legal...”

¹⁶⁵ Regulamenta a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, que dispõem, respectivamente, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, e dá outras providências.

¹⁶⁶ Art. 18. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

§ 1º Caberá ao CONAMA fixar os critérios básicos, segundo os quais serão exigidos estudos de impacto ambiental para fins de licenciamento, contendo, entre outras, os seguintes itens:

A função dos estudos ambientais, como já ponderado, é instruir o processo decisório ambiental, a fim de subsidiar a análise da licença ou autorização requerida. Como adverte Eduardo Bim, os estudos nem sempre precisarão ser exigidos para toda e qualquer licença, mas, em regra, os estudos ambientais “[...] são o subsídio do processo decisório de licenciamento ambiental.”¹⁶⁷

Todavia, em que pese o aspecto de essa função instrutória dos estudos ser apta a embasar a decisão estatal de aprovar ou rejeitar determinada atividade ou empreendimento, como é cediço, ela não vincula o juízo do órgão licenciador. Ou seja, as conclusões do EIA não obrigam a Administração, na medida em que o instrumento “[...] não é capaz de impor ao administrador uma determinada conduta – positiva ou negativa – com relação à concessão de uma licença ambiental”.¹⁶⁸

Decorre dessa assertiva o fato de que a decisão administrativa em matéria ambiental não pode ser pautada somente na tecnicidade dos estudos ambientais, e sim na parcela de discricionariedade conferida à Administração Pública para que esta, norteada por subsídios técnicos, encontre a solução que melhor traduza o equacionamento entre o direito ao desenvolvimento e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No entanto, como será analisado em maior profundidade no tópico referente aos obstáculos à eficiência do licenciamento ambiental, o excesso de discricionariedade¹⁶⁹ por parte do órgão licenciador tende a ampliar a possibilidade de contestação judicial de suas decisões. Isso gera, além de flagrante morosidade do processo, insegurança jurídica quanto à previsibilidade de implementação da atividade ou empreendimento objeto do processo licenciatório.

a) diagnóstico ambiental da área; b) descrição da ação proposta e suas alternativas; c) identificação, análise e previsão dos impactos significativos, positivos e negativos.

¹⁶⁷ BIM, **Licenciamento Ambiental**, p. 339.

¹⁶⁸ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 345.

¹⁶⁹ Com relação à efetividade do licenciamento à luz dos instrumentos que o antecedem, previstos na Lei da PNMA, o excesso de discricionariedade pode ser atribuído às falhas de implementação destes instrumentos, comprometendo, na ponta, a boa condução do procedimento licenciatório.

3.3 Obstáculos à eficiência do licenciamento ambiental brasileiro

3.3.1 Articulação e integração entre políticas setoriais e a PNMA

Um primeiro obstáculo a ser identificado no âmbito da fragilidade do licenciamento ambiental reside na ausência de planejamento integrado entre os campos econômico e ambiental, configurando um limite “jurídico-político do instrumento”.¹⁷⁰

A Procuradora Geral do Ibama, Andrea Vulcanis, ao examinar alguns dos problemas atinentes ao licenciamento ambiental considerou que:

A realidade aponta que um dos grandes problemas do licenciamento ambiental é que eles tem se dado sem nenhuma base do planejamento do território. Assim, transferem-se para o âmbito do licenciamento individual dos empreendimentos ou atividades, todas as discussões e debates sobre a realização ou não do empreendimento, sobre a matriz modal de seu funcionamento, discutindo-se se deve ser energia hidrelétrica ou solar, estrada ou ferrovia, para citar exemplos, além de questões se determinada região é apta àquele modelo de atividade ou se tem vocação direcionada a outros fins.¹⁷¹

Nesse contexto, é possível aferir que a efetividade da avaliação de impacto ambiental e, conseqüentemente, do próprio licenciamento resta ameaçada, tendo em vista a falta de consideração das variáveis ambientais em etapas de planejamento anteriores à formulação de projetos de obras públicas e empreendimentos de significativo impacto. Dessa forma, como ratifica a procuradora na citação supramencionada, são frequentes os casos em que a avaliação de impacto ambiental dentro do processo licenciatório culmina em discussões sobre questões relevantes em

¹⁷⁰ MORAES, Raimundo. Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil, **Revista de Direito Ambiental**, p. 20.

¹⁷¹ VULCANIS, Andrea. **Os problemas do licenciamento ambiental e a reforma do instrumento**. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/artigos-juridicos/os-problemas-do-licenciamento-ambiental-e-a-reforma-do-instrumento>>. Acesso em: 20 maio 2016, p. 6.

termos de consequências ambientais, mas pertinentes a diretrizes políticas de desenvolvimento econômico ou ao planejamento setorial.¹⁷²

Conforme já frisado em tópico anterior, a respeito do EIA, tanto esse instrumento de avaliação de impacto ambiental quanto o licenciamento são instrumentos restritos a subsidiar as decisões da Administração Pública referentes à aprovação de projetos de empreendimentos individuais, estando fora da sua alçada os processos de planejamento e as decisões políticas e estratégicas a partir das quais determinado projeto é inicialmente formulado.

Nessa linha, a análise individual do impacto ambiental de determinado projeto de infraestrutura é falha no sentido de carecer de uma avaliação sistêmica do impacto ambiental gerado pelos empreendimentos e atividades conjuntamente considerados.

Diante desse limite instrumental imposto aos estudos ambientais e ao próprio licenciamento ambiental é que a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) foi desenvolvida, sendo reconhecidamente caracterizada como o “[...] instrumento de política ambiental adequado para promover a articulação das várias dimensões de uma dada política, um plano ou um programa de desenvolvimento”¹⁷³, permitindo que os objetivos e questões ambientais relacionados à implementação de determinado planejamento ou programa sejam debatidos em fórum apropriado, além de orientar os agentes envolvidos no processo quanto às diretrizes para sua viabilização econômica, social e ambiental.

Como instrumento de política ambiental que tem por escopo auxiliar, antecipadamente, os tomadores de decisões no processo de identificação e avaliação

¹⁷²BRASIL. Ministério do Meio Ambiente **Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/aae.pdf>. Acesso em: 26 maio.2016, p. 12. “[...] o licenciamento de projetos de rodovias e ferrovias foi perturbado por conflitos e discussões a respeito da política de transporte, e o de usinas de geração de energia elétrica, por questões referentes aos efeitos ambientais da matriz energética ou, no caso de hidrelétricas, ao aproveitamento múltiplo das respectivas bacias hidrográficas.”

¹⁷³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente **Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/aae.pdf>. Acesso em: 26 maio.2016, p. 12. Registre-se ainda que “[...] outra razão, além das insuficiências observadas na avaliação ambiental de projetos, foi a crescente consciência, em diversos países e instituições internacionais, de que a formulação e a implementação de políticas, planos e programas deve ter como base o uso racional dos recursos, a proteção do meio ambiente, a prevenção da degradação ambiental e, acima de tudo, a promoção dos princípios e das práticas do desenvolvimento sustentável”.

dos impactos e efeitos de determinada decisão estratégica, cumpre registrar que, no Brasil, a Avaliação Ambiental Estratégica não é obrigatória¹⁷⁴, não vinculando, portanto, o instrumento regulatório de licenciamento ambiental.

Impende notar que a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, em documento referente ao licenciamento ambiental, elaborado no ano de 2009, encaminhou proposta no sentido de implementar o referido instrumento, sob o seguinte argumento:

Na Administração Pública brasileira, os impactos ambientais provocados pelo empreendimento são aferidos e levados em consideração, com a profundidade devida, em momento posterior ao planejamento de ações, à realização de estudos específicos e mesmo à formulação dos projetos básicos. Não há planejamento ambiental, e o meio ambiente é frequentemente visto como mais uma das etapas no árduo e longo caminho para se concretizar um empreendimento de infraestrutura. Não existe no país um foro, em nível nacional, que debata e defina as prioridades de investimento em infraestrutura e de preservação ambiental. Na prática, os ministérios travam embate dentro do governo, no Congresso e na mídia, para fazer valer, em cada caso e pontualmente, suas prioridades.¹⁷⁵

Diante da situação acima descrita, a medida proposta pela própria Secretaria de Assuntos Estratégicos consistiria na organização de um processo de avaliação ambiental estratégica integrada, apta a orientar as obras de infraestrutura prioritárias ao país, de forma que incluísse as preocupações de cunho ambiental.

Nesse sentido, diante da flagrante ausência de planejamento integrado que incluía a variável ambiental no planejamento de desenvolvimento do país sugere-se a implantação e efetivação do instrumento em comento. Assim, as políticas e programas setoriais de governo seriam submetidos à AAE como mecanismo que insere a variável ambiental no momento do planejamento de políticas de construção da infraestrutura necessária ao desenvolvimento nacional.

¹⁷⁴ BIM, **Licenciamento Ambiental**, p. 367.

¹⁷⁵ 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: 16 maio.2016, p. 15.

3.3.2 Ausência de comandos normativos de ordem material e o consequente excesso de discricionariedade por parte do órgão licenciador

O licenciamento ambiental, como já abordado no presente trabalho, foi instituído em âmbito nacional, em 1975, como um mecanismo estadual e local para controle da poluição oriunda de fontes previamente definidas. Após a edição da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que ampliou o escopo do referido instrumento, tornando-o obrigatório para empreendimentos e atividades potencialmente causadores de significativo impacto ambiental, veio sua regulamentação via Decreto nº 88.351/1983¹⁷⁶, o qual, por sua vez, instituiu as três modalidades de licenças ambientais.

Em 1988, com a promulgação da nova Carta Constitucional, ficou assentada a exigência do estudo prévio de impacto ambiental, sendo posteriormente regulamentado via Lei nº 7.084 de 1989¹⁷⁷ e com a edição do Decreto nº 99.247/1990.

A edição dos atos normativos supramencionados não teve o condão de inovar de forma significativa o ordenamento preexistente, mantendo-se, em grande parte, inalterados ante a regulamentação pelo CONAMA nas Resoluções 01/86 e 237/97, ou seja, uma regulamentação que completa, respectivamente, trinta anos, no caso da Resolução 01/86, e vinte anos, no caso da Resolução 237/97.

Em contrapartida, as alterações no cenário nacional revelaram-se constantes, com a criação de novos órgãos ambientais e a crescente demanda por licenciamento de obras de infraestrutura energética e logística do país.¹⁷⁸

Nesse contexto, elucida Paulo de Bessa Antunes:

¹⁷⁶ Regulamenta a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, que dispõem, respectivamente, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, além de outras providências.

¹⁷⁷ Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação; a Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989; a Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980; e dá outras providências.

¹⁷⁸ BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Licenciamento ambiental** (versão preliminar). p. 7.

O sistema federal de licenciamento ambiental possui uma ligeira menção na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, com uma especificação das licenças ambientais no Decreto Federal 99.274/1990. O sistema está construído, pois, fundamentalmente em Resoluções Administrativas do Conama, o que acarreta uma evidente fragilidade normativa, em detrimento da segurança jurídica para as partes interessadas, sem que disto resulte maior proteção ao meio ambiente [...].¹⁷⁹

Corroborando com a questão de limitação do marco legal, o Documento do Banco Mundial sobre Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil¹⁸⁰ aponta o fato de que:

Os marcos legais que instrumentalizam o licenciamento ambiental no Brasil permanecem de certa forma inalterados desde a década de oitenta, sofrendo acréscimos específicos por normas regulamentadoras que não alteraram sua característica trifásica pontual e desarticulada com os programas de desenvolvimento setoriais com o governo.

A ausência de lei, portanto, é pressuposto para o excesso de discricionariedade por parte do órgão licenciador ambiental. No citado estudo da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República tal assertiva foi ratificada no sentido de que “[...] o licenciamento ambiental é o reino da discricionariedade administrativa. O país convive, desde meados da década de 1970, com legislação escassa e que há muito se tornou desatualizada [...]”.¹⁸¹ Andrea Vulcanis também ressalta a questão, ao considerar que “[...] há um problema central no direito ambiental brasileiro que irradia de forma fundamental no licenciamento ambiental que é o excesso de discricionariedade decorrente da carência de normas de direito material”.¹⁸² Isso porque, tendo em vista que as normas ambientais voltadas para o licenciamento são na sua maioria normas procedimentais, elas não delimitam a

¹⁷⁹ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 176.

¹⁸⁰ BANCO MUNDIAL. **Licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil: uma contribuição para o debate**. Relatório-síntese. 2008, p. 35. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139278/Relat%C3%B3rio+Principal+\(PDF\)/8d530adb-063f-4478-9b0d-2b0fbb9ff33b?jsessionid=F0198597D8CCABE80B0C020FE40E97A7.srv155](http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139278/Relat%C3%B3rio+Principal+(PDF)/8d530adb-063f-4478-9b0d-2b0fbb9ff33b?jsessionid=F0198597D8CCABE80B0C020FE40E97A7.srv155)>. Acesso em: 30 mar. 2017.

¹⁸¹ BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Licenciamento ambiental** (versão preliminar). p. 7.

¹⁸² VULCANIS, **Os problemas do licenciamento ambiental e a reforma do instrumento**, p. 9: “Assim faz-se necessário um investimento tanto no estabelecimento de padrões ambientais por processo produtivo quanto no estabelecimento de regras claras de conduta voltadas para o processo decisório que venham a suprir as carências e omissões do sistema.”

atuação do gestor ambiental, resultando na produção de decisões altamente discricionárias.

Nilvo Luiz Alves da Silva também enfatiza o problema, ao considerar, dentre os obstáculos atinentes ao licenciamento ambiental, a questão da legislação ambiental, destacando que:

[...] ela pode ser criticada por ser excessivamente conceitual e principiológica, carente de regras que determinem ações ou abstenções. Além disso, está repleta de conceitos jurídicos indeterminados, gerando uma série de discussões sobre a natureza jurídica das licenças e sobre a existência ou não da discricionariedade nas decisões dos órgãos gestores.¹⁸³

A ausência de regras claras disciplinadoras do procedimento licenciatório, portanto, tem o condão de ampliar a discricionariedade dos órgãos ambientais, representados por sua equipe técnica. Consequentemente, a possibilidade de contestação judicial das decisões prolatadas pelo órgão tende a crescer significativamente, caso não ocorra mudança no sistema.

Diante do obstáculo ora apresentado, dois componentes do problema se apresentavam até tempos recentes. Um deles consistia na necessidade de norma definidora da competência executiva comum dos entes federativos para proteção do meio ambiente¹⁸⁴, o que já foi balizado pela edição da Lei Complementar nº 140 de 2011, que fixa normas de cooperação entre os entes nas ações administrativas decorrentes da competência comum executiva em matéria ambiental.

O segundo componente, ainda pendente de maior regulamentação, seria a aprovação de regras legais que racionalizem, simplifiquem e contribuam para a transparência no procedimento licenciatório ambiental. Assim, a edição do comando normativo permitiria inibir a notória ingerência política no curso do procedimento licenciatório, além de diminuir substancialmente a burocracia do licenciamento, a qual

¹⁸³ SILVA; CAPELLI, Elementos Centrais para a regulamentação federal do licenciamento. **Revista de Direito Ambiental**, v. 82, p. 78/79.

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988, Art. 23, parágrafo único.

acaba por atrasar o prazo normal do processo sem necessariamente garantir a qualidade da decisão prolatada pelo órgão ambiental.¹⁸⁵

A questão que persiste, portanto, reside no apontamento do caminho mais eficaz para o equacionamento do procedimento licenciatório. Ou seja, quais regras legais e qual o ambiente institucional mais propício para proporcionar maior eficácia ao instrumento objeto de análise.

Nessa linha, cabe questionar se, de fato, os temas em questão são pertinentes ao debate no âmbito legislativo, quando sua arena original é a governança ambiental administrativa.

Andreas J. Krell, ao comentar sobre o controle da discricionariedade administrativa no âmbito da proteção ao meio ambiente, faz a seguinte ponderação:

Num ambiente de enormes desafios ecológicos, há quem duvide até da capacidade do próprio Direito de servir ainda como instrumento para nortear políticas ambientais. Uma das diversas mudanças necessárias para adequar os sistemas jurídicos às exigências de uma proteção ambiental mais eficiente é a edição de normas de conteúdo mais aberto, fixando metas e objetivos, o que torna as consequências jurídicas menos inequívocas e mais flexíveis em relação às circunstâncias da situação concreta.¹⁸⁶

Nesse sentido, e tendo em vista as assertivas supramencionadas, o que se vislumbra como caminho para a redução do grau de discricionariedade na condução do licenciamento ambiental passa pela edição de lei em sentido formal¹⁸⁷, de modo que

¹⁸⁵ BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Licenciamento ambiental** (versão preliminar), p. 8.

¹⁸⁶ KRELL, Andreas. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 87. Acrescenta ainda o autor que, perante a “*questão ecológica*”, o Estado de Direito contemporâneo “sente grande desconforto, já que não consegue mais confiar na sua tradicional capacidade de moldar normas gerais e abstratas – mesmo com as aberturas que a discricionariedade e os conceitos indeterminados permitem – com o fim de determinar e legitimar as ações estatais concretas que são necessárias para uma solução adequada dos problemas e conflitos”.

¹⁸⁷ Como apoio argumentativo, vide: KRELL, **Discricionariedade Administrativa [...]**, p. 171. “Hoje, a doutrina brasileira não guarda mais dúvidas sobre a existência de um mandamento constitucional no sentido de que a modernização de assuntos sensíveis em relação aos direitos fundamentais deva ser reservada aos parlamentos, visto que os representantes diretamente escolhidos pelo povo possuem maior legitimação democrática.” Ainda segundo o autor, ao mesmo tempo, “observa-se que – não somente na área ligada ao licenciamento ambiental – muitas leis furtam-se à tarefa de regular pormenorizadamente determinadas matérias, deixando ao regulamento, tanto do Presidente da República (art. 84, IV, CF) quanto de autoridades administrativas independentes, largo campo de conformação. Essa técnica legislativa do emprego de termos e cláusulas de conteúdo aberto e vago pode entrar em choque com o

limite a atuação do gestor público, sem no entanto detalhar em pormenores previsões relativas à forma ou a critérios técnicos a serem utilizados. Neste caso, atribui-se a competência normativa do órgão regulador de cunho mais técnico, função que, no âmbito do SISNAMA, seria desempenhada via regulamentação do seu órgão normativo, qual seja, o CONAMA (em que pese a necessidade de reestruturação de sua composição, conforme comentado no tópico 2.2.1).

3.3.3 A participação social no âmbito do licenciamento

Direito administrativo participativo, conforme lição de Eduardo Bim: “[é aquele pelo qual o cidadão tem a aptidão de colaborar com o processo decisório da Administração Pública. Essa participação pode ocorrer de diversas formas, tais como conselhos, fóruns, consultas ou audiências públicas]”.¹⁸⁸

Nessa vertente, Caio Tácito constata que o Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da tendência autoritária para, em contrapartida, “[...] valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa”.¹⁸⁹

Em sede constitucional, a Carta de 1988, ao regular o Estado Democrático de Direito, destaca, em seu Preâmbulo, o exercício dos direitos sociais e individuais, atribuindo ao povo o exercício do poder, pela via direta ou mediante representação política (art. 14). Dentre os direitos fundamentais correlatos à matéria, consta o acesso à informação (art. 5º, XIV); o direito de petição e de certidão em repartições públicas (art. 5º, XXXIV); e a garantia do devido processo legal na esfera administrativa (art. 5º, LV).

Na esfera ambiental, considerando a indeterminabilidade dos sujeitos de direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a constante dependência pela

princípio da *reserva da lei*, visto que transfere aos órgãos administrativos um demasiado poder para delimitar, no caso concreto, o exercício de cada direito fundamental”.

¹⁸⁸ BIM, **Licenciamento Ambiental**, p. 180.

¹⁸⁹ TÁCITO, Caio. “Direito administrativo participativo”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 2. jul./set. 1997. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47038/46022>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

obtenção de informação, a participação de forma adequada é pressuposta para o exercício deste direito difuso. Assim, o Capítulo VI da Carta Constitucional de 1988, dedicado ao Meio Ambiente, dispõe no seu art. 225 que incumbe a defesa e preservação do meio ambiente não só ao Poder Público, como também à coletividade.¹⁹⁰

No âmbito internacional, a Convenção de Aarhus de 1998¹⁹¹ estabelece uma gama de direitos à informação relacionada ao meio ambiente, como o direito de receber informações perante a autoridade pública competente (*“access to environmental information”*), o direito à participação na elaboração das decisões (*“public participation in environmental decision-making”*) e o direito de rever procedimentos que não observaram os direitos mencionados (*“access to justice”*). Às partes signatárias da Convenção cumpre executar as medidas necessárias para que as autoridades públicas contribuam para a efetividade desses direitos.

A citada Convenção, ao proporcionar o compromisso dos países europeus¹⁹² de garantir aos cidadãos o acesso à informação, além da participação no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça na esfera ambiental, visa garantir maior qualidade nas decisões acerca da matéria, bem como conferir aumento da responsabilidade e transparência no processo de tomada de decisões relativas às questões ambientais. Mazzuoli, ao analisar a Convenção, elucida que:

Conquanto ainda não aplicada ao Brasil, a Convenção de Aarhus serve ao nosso país como paradigma e referencial ético no que toca à cooperação internacional para a proteção do meio ambiente, na medida em que

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**, 2ª ed., 1995. p. 206. A participação popular no procedimento de estudo ambiental é uma exigência da própria natureza dos bens de uso comum do povo, que formam o patrimônio ambiental. Daí o acesso do público aos registros de impacto ambiental, submetidos a audiência pública na elaboração dos respectivos projetos.

¹⁹¹ **The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters** was adopted on 25 June 1998 in the Danish city of Aarhus (Århus) at the Fourth Ministerial Conference as part of the "Environment for Europe" process. It entered into force on 30 October 2001. The Aarhus Convention establishes a number of rights of the public (individuals and their associations) with regard to the environment. The Parties to the Convention are required to make the necessary provisions so that public authorities (at national, regional or local level) will contribute to these rights to become effective. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/aarhus/http://ec.europa.eu/environment/aarhus/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

¹⁹² Em que pese a limitação da Convenção aos países europeus, a presente citação visa proporcionar maior reforço argumentativo no sentido da relevância ao acesso à informação e à participação no processo de tomada de decisões.

consagra aos cidadãos o acesso à informação, a participação no processo de tomada de decisões e o ingresso à justiça em matéria ambiental.¹⁹³

Em sede infraconstitucional, a participação de representantes da sociedade no processo de gestão ambiental foi institucionalizada com o advento da Lei da PNMA, por meio do já revogado artigo 7º¹⁹⁴, que estabelecia a participação de presidentes das Confederações Nacionais de Indústria, da Agricultura e do Comércio.

Em 1986, o CONAMA editou a Resolução 01/86, estabelecendo que, na execução do EIA e na apresentação do RIMA, o órgão licenciador competente determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados, bem como promoverá, sempre que julgar necessário, a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais (art. 11, § 2º).

No ano seguinte, por meio da Resolução CONAMA 9/87, a audiência pública foi regulamentada no procedimento licenciatório ambiental, estabelecendo que esta “[...] tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito”.

No tocante à previsão legal do tema, o Brasil conta com legislação¹⁹⁵ suficiente a respeito da participação e informação, destacando-se a Lei nº 10.650/2003, ao dispor sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA, bem como a Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), ao dispor sobre o acesso à informação e o procedimento para sua obtenção.

¹⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. “Cooperação Internacional Para a Preservação Do Meio Ambiente: O Direito Brasileiro e a Convenção De Aarhus”. São Paulo: **Revista de Direito FGV**. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/13_rev15_297-328_-_valerio_de_oliveira_mazzuoli_0.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

¹⁹⁴ Dispositivo legal revogado pela Lei 8.028 de 1990, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. O Ministério do Meio Ambiente foi criado somente em 1992, e atualmente a Lei nº 13.341 de 2016 dispõe sobre suas competências.

¹⁹⁵ Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei de Recursos Hídricos, Saneamento Básico, Gestão de Florestas Públicas, Sistema Nacional de Unidades de Conservação e Política Nacional de Mudança Climática.

Todavia, em que pese o fato de a legislação ser suficiente, a prática parece andar na direção oposta. Como elucida Silva¹⁹⁶, “[...] processos decisórios sobre políticas, projetos e obras, especialmente de infraestrutura, muitas vezes são conduzidos sem transparência e participação social adequadas”.

A gênese das audiências públicas no direito ambiental, de acordo com BIM:

Reside no processo de licenciamento ambiental como instrumento de participação popular complementar à fase de comentários e, por serem complementares, são facultativas. A participação implementada pelas audiências públicas é secundária, tem a função de reforçar a participação já existente no processo de licenciamento ambiental, não constituindo elemento de peso nesse processo, mesmo que seja em termos participativos.¹⁹⁷

Nesse contexto, no que se refere ao seu conteúdo democrático no âmbito do procedimento licenciatório, a audiência tem sua eficácia comprometida não só pela participação secundária, mas na medida em que, por ser a oportunidade de a população afetada diretamente pelo impacto se manifestar, acaba se tornando palco de críticas e manifestações que pouco se relacionam com os impactos ambientais, e sim com queixas referentes à carência de prestação de serviços que exorbitam a esfera ambiental.

Esse problema se deve em parte também à falta de informação sobre o empreendimento a ser implementado em fase anterior à própria audiência pública. Sustenta, assim, Assunção¹⁹⁸, ao analisar a participação social no licenciamento

¹⁹⁶ SILVA; CAPELLI, “Elementos Centrais para a regulamentação federal do licenciamento”. **Revista de Direito Ambiental** – RDA. v. 82. Ano 21, p. 85. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

¹⁹⁷ BIM, **Licenciamento Ambiental**, pp. 214/220. O autor considera que não são as audiências públicas que imprimem a publicidade exigida pela Constituição para o EIA, e sim os comentários, obrigatórios na fase de participação. Ademais, o cidadão poderá exercer seu direito à participação administrativa por escrito, na fase de comentários ou em qualquer fase, mediante o uso do seu direito fundamental de petição, não sendo imprescindível a audiência pública.

Na legislação das agências reguladoras, encontram-se exemplos de audiências públicas que devem proceder à alteração de normas que interfiram no setor. As audiências são previstas por ocasião do início do processo decisório que implique afetação dos agentes econômicos ou consumidores. Ex.: Aneel (Lei 9.427/96, art. 4º, par. 3º; ANP (Lei 9.478/97, art. 19), e ANTAQ (Lei 10.233/01, art. 68). *Ibidem*, p. 190.

¹⁹⁸ ASSUNÇÃO, Francisca Neta Andrade. **A participação social no licenciamento ambiental na Bahia[manuscrito]: sujeitos e práticas sociais**.

pp.84/94. (Doutorado Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Centro Desenvolvimento Sustentável (CDS), 2006. Disponível em: <
http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5142/1/f_assuncao.pdf>.

ambiental, que em “[...]nenhuma das etapas está previsto um contato dos técnicos do órgão ambiental com a comunidade que sofrerá diretamente os efeitos adversos do projeto ou atividade”. Portanto, o conhecimento prévio do projeto e seus impactos nas esferas social, econômica e ambiental habilitariam a população diretamente afetada a desempenhar seu papel de forma mais eficiente na audiência pública.

O processo de participação social, dessa forma, não deveria se restringir a um procedimento formal de audiência pública, e sim atuar como um mecanismo sistemático de participação, proporcionada pela coleta de subsídios levantados junto à população, com vistas a determinar a importância relativa dos impactos, bem como propostas consistentes por parte da sociedade civil e de órgãos técnicos quanto à identificação das questões mais relevantes previstas no Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

O que se almeja, portanto, é que a participação se configure em momento hábil ao exercício da real influência da população em face da implementação do empreendimento, adequada às características sociais, econômicas, geográficas e culturais, “[...] quando ainda haja alternativas possíveis ao projeto”¹⁹⁹, sejam estas relativas aos aspectos locais ou secundários.

3.3.4 Competência para o licenciamento ambiental. Lei Complementar 140/2011

A Carta Constitucional de 1988 recepcionou a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), ratificando o compartilhamento de responsabilidades dos entes federativos na condução das questões ambientais, que, em consonância com a estrutura do federalismo cooperativo adotado pelo Estado brasileiro, deveriam observar tanto a competência legislativa concorrente, prevista nos artigos 24 e 30, II, quanto no tocante à competência administrativa comum, estabelecida no artigo 23.

¹⁹⁹ SILVA; CAPELLI, “Elementos Centrais para a regulamentação federal do licenciamento” In: **Revista de Direito Ambiental**, v. 82, p. 87.

Como é notório na seara ambiental, a competência executiva comum para defesa do meio ambiente, prevista na Constituição, ensejou grandes conflitos^{200 201}, implicando a judicialização do procedimento e o consequente comprometimento de sua efetividade. Isso porque a Lei Complementar prevista no parágrafo único do art. 23 da Constituição, a qual fixaria normas para a cooperação entre os entes federativos com vistas ao equilíbrio do desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional, somente foi editada em 2011²⁰² (portanto, mais de vinte anos depois da previsão constitucional).

O entendimento então vigente, respaldado no artigo 10 da Lei 6.938/81, previa como regra geral a competência estadual na condução do licenciamento ambiental e do IBAMA (no âmbito federal), em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Em que pese a competência executiva comum em matéria ambiental, no Brasil o licenciamento ambiental é único, em observância à regra insculpida no artigo 13 da Lei Complementar 140/2011, pela qual “[...] os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo [...]”. Registre-se o fato de que a regra prevista não constitui necessariamente uma novidade, em razão do disposto na Resolução CONAMA 237/97 (regulamentadora do procedimento licenciatório ambiental)²⁰³, estabelecendo que “[...] os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência [...]”.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**, p. 75. O autor comenta o fato de que “[...] problemas inevitáveis resultam da nossa repartição do poder governamental em unidades que não correspondem com as exatas divisões em matéria ambiental e econômica”.

²⁰¹ MILARÉ, **Direito do Ambiente**, p. 787/789. A respeito da competência executiva comum em matéria ambiental, o autor leciona que “[...] esse arcabouço constitucional tinha a vantagem de propiciar uma ampla tutela do meio ambiente pelos diferentes Poderes e níveis federativos, mas, por outro lado, era não raro, o cerne de conflitos e de superposição de jurisdições, competências e atribuições a onerar, retardar e por vezes dificultar e mesmo inviabilizar a efetividade da proteção ao meio ambiente e à qualidade de vida”.

²⁰² Lei Complementar 140 de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum, relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas, e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

²⁰³ MACIEL, Marcela Albuquerque. Competência para o licenciamento ambiental. Uma análise das propostas de regulamentação do art. 23 da CF. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2716, 8 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17978>>. Acesso em: 05 abr. 2017. Como se pode verificar, a Resolução adotou critérios consubstanciados em conceitos como o de

A respeito do licenciamento ambiental único, conduzido por um só órgão licenciador, Eduardo Bim sustenta que:

Não é apenas capricho legal, mas se funda na eficiência e na melhor proteção do meio ambiente. Não faria sentido que se duplicassem ou triplicassem os esforços para licenciar o mesmo empreendimento, com comprometimento dos escassos recursos humanos e materiais estatais, se o licenciamento por um só ente é suficiente para proteger o meio ambiente.²⁰⁴

Com o advento da LC 140/2011 foram efetuadas alterações nas disposições sobre competência previstas na Resolução CONAMA 237/97, abandonando-se o critério da abrangência do impacto para previsibilidade da identificação do órgão licenciador.

De acordo com o artigo 7º, VIV, ‘h’ da LC 140/2011, o objetivo da tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo é substituir o critério de abrangência do impacto ambiental, de forma que venha a eliminá-lo como critério para aferição da competência do órgão responsável pela condução do licenciamento.

Dessa forma, ao desprezar a abrangência dos impactos, a regra básica está respaldada na competência espacial, ou seja, no critério de localização física do empreendimento. Este é o entendimento recente da Procuradoria do IBAMA:

13. Há de se pontuar que a nova LC operou grande mudança na sistemática atualmente vigente de definição de competência para a condução dos processos de licenciamento. A legislação anteriormente aplicada (Resolução Conama nº 237/1997) considerava abrangência do impacto ambiental da atividade ou empreendimento como ponto nodal para a definição de atribuição dos entes federados. Com a edição da LC nº 140/2011, os critérios definidores da competência estão expressa e pontualmente dispostos nos art. 7º, 8º e 9º.

14. Assim, houve a revogação, por incompatibilidade com Lei Complementar que lhe é superior, do critério genérico definido no caput do art. 4º da Resolução Conama nº 237/1997, sendo que os seus incisos também não estão em perfeita consonância com a recém editada Lei. Ademais, é preciso destacar que o art. 21 da LC nº 140/2011 revogou, de forma expressa, o art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938/1981, que constituía o embasamento legal da regulamentação contida na Resolução Conama nº 237/1997.²⁰⁵

impacto ambiental, sua significância e a área de influência direta, bem como outros baseados na territorialidade e dominialidade a fim de definir a competência para licenciar.

²⁰⁴ BIM, **Licenciamento Ambiental**, p. 71.

²⁰⁵ IBAMA, ORIENTAÇÃO JURÍDICA NORMATIVA Nº 43/2012/PFE/IBAMA (revista e atualizada em novembro de 2016). Disponível em: <file:///C:/Users/b1453/Downloads/ojn_n-43_2012__revista_e_atualizada_em_novembro_de_2016_.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2017.

Outra questão que merece atenção refere-se à prevalência da autuação e instauração de processo administrativo pelo órgão ambiental licenciador, consoante o disposto no artigo 17 da LC 140/2011.²⁰⁶ Até o advento da referida Lei Complementar, a Lei nº 9.605/98 (art. 76) dispunha que o pagamento de multa imposta pelos Estados e Municípios substituiria a multa federal na mesma hipótese de incidência. Em decorrência dessa previsão legal, casos de múltiplas autuações eram correntes, de acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁰⁷ e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme o seguinte julgado:

**TJ-RJ - APELAÇÃO APL 04810964720128190001 RIO DE JANEIRO
CAPITAL 4 VARA FAZ PUBLICA (TJ-RJ)**

Data de publicação: 09/03/2016

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE POR INFRAÇÃO AO ART. 91 DA LEI ESTADUAL Nº 3.467/2000. PRÁTICA DE CONDUTA LESIVA AO MEIO AMBIENTE, CONSISTENTE NA POLUIÇÃO DO AR POR LANÇAMENTO DE RESÍDUO DE MINÉRIOS EM RAZÃO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO INADEQUADO DO MATERIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. Não assiste razão à parte autora no que toca à alegada incompetência estadual para a fiscalização e consequente imposição de multa pela prática de atos lesivos ao meio ambiente, na medida em que o art. 13 da Lei Estadual nº 3.467/00 confere ao órgão estadual Comissão Estadual de Controle Ambiental - CECA atribuição para imposição de sanções administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente. 2. Com o advento da Lei Complementar Federal nº 140/2011, que disciplina a cooperação entre os entes federativos nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente e ao combate à poluição em qualquer de suas formas, a despeito das alegações recursais, não houve redução da competência constitucional

²⁰⁶ Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

²⁰⁷ PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - AMBIENTAL - MULTA - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES COMUNS - OMISSÃO DE ÓRGÃO ESTADUAL - POTENCIALIDADE DE DANO AMBIENTAL A BEM DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO DO IBAMA - POSSIBILIDADE.

1. Havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, pode o IBAMA exercer o seu poder de polícia administrativa, pois não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar. 2. A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou. 3. O pacto federativo atribuiu competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização. 4. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação, inclusive o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/98 prevê a possibilidade de atuação concomitante dos integrantes do SISNAMA. 5. Atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo IBAMA, ainda que a competência para licenciar seja de outro ente federado. Agravo regimental provido. (STJ, 2ªT., REsp 711.405/PR, rel. min. Humberto Martins, j. em 28 abr. 2009, DJ e 15 maio 2009).

comum (art. 23, VI, VII, da CF) dos estados membros para proteção do meio ambiente. 3. O citado dispositivo constitucional é claro ao atribuir competência comum a todos os entes da Federação para proteger o meio ambiente, de modo que a LC 140/11 jamais poderia reduzir a competência para fiscalização de qualquer ente federado, e não o fez, pois, em seu art. 17, § 3º, reforça a competência comum prevista na Constituição Federal. 4. Ademais, independentemente das disposições da LC 140/2011, a hipótese sob análise versa sobre auto de infração lavrado no ano de 2007, fundamentado em norma estadual (Lei Estadual nº 3.467/00) editada no exercício de competência legislativa suplementar, por expressa autorização do § 3.º, do art. 24, da Constituição Federal, sendo certo que a LC 140/2011 apenas deve ser aplicada a partir de sua vigência, não tendo eficácia retroativa [...].

Diante do julgado supracitado e da legislação correlata à questão da competência do licenciamento ambiental antes do implemento da LC 140/2011, há um argumento implícito de resistência ao sistema constituído pela nova legislação. Esse argumento tem o mesmo substrato daquele que justifica o licenciamento múltiplo, ou seja, a ideia de que a proteção ambiental seria mais eficaz se exercida à luz de ações simultâneas dos três entes federativos, vedando que estes exercessem sua competência para proteger o meio ambiente, o que não seria permitido por legislação infraconstitucional.²⁰⁸

Com efeito, o advento da LC 140/2011 não implicará a resolução de todos os conflitos institucionais presentes no âmbito do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, tendo em vista que, embora o conflito de competência tenha configurado frequentemente um obstáculo para o deslinde normal do licenciamento, impasses de índole institucional e instrumental concorrem para a problemática do procedimento licenciatório.

Quanto à competência fiscalizatória do ente competente para licenciar ou autorizar, resta observar se o Poder Judiciário atuará sob os novos ditames da LC

²⁰⁸ BIM, **Licenciamento Ambiental**, p. 52. Elucida o autor que “Não há que se falar em maior proteção ao meio ambiente pela cumulação entre as sanções ou mesmo escolha da autuação mais grave. A cumulação das sanções esbarraria na vedação do *bis in idem* e no princípio da proporcionalidade. A escolha da sanção mais severa atenta contra anormalidade administrativa porque cria uma corrida fiscalizatória [...]”.

140/2011, de forma que incentive o fim da disputa fiscal ambiental entre os entes federativos.²⁰⁹

Registre-se, em última análise, o fato de que a referida disputa advinda do conflito de competência compromete a segurança jurídica do licenciamento, vindo a fragilizá-lo como instrumento regulatório, na medida em que gera a sua judicialização. Com a edição do marco legal concernente à competência executiva dos entes

²⁰⁹ **TRF-2 - Reexame Necessário REOAC 01004403820144025006 ES 0100440-38.2014.4.02.5006 (TRF-2)** Data de publicação: 02/02/2017

Ementa: ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE DOS IMPETRANTES. OBRA SITUADA EM ÁREA FEDERAL. ART. 13 DA **LEI COMPLEMENTAR 140/2011**. **LEI** 10.233/2001. EMBARGO DE OBRA IMPOSTO POR MUNICÍPIO. ILEGALIDADE. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA DA ANTT E DO DNIT. AUTORIZAÇÃO PELOS ÓRGÃOS FEDERAIS COMPETENTES. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. I- Ao Município falece competência para exigir aprovações de projetos, licenças de obra, referentes às construções erigidas em decorrência do contrato de concessão firmado com o ente público federal, dentro da Faixa de Domínio, por se tratar de bem público da União Federal (art. 20, II da CRFB/88), sob pena de usurpação de competência, o que não exime, no entanto, a fiscalização por parte do município acerca da regularidade da obra. II- A **Lei Complementar 140/2011** prevê, em seu art. 13, que os empreendimentos e construções são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, podendo os demais interessados se manifestar ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental. III- Afigura-se ilegal o embargo imposto pelo Município de Serra/ES, tendo em vista que a obra se situa em rodovia federal, sujeita à competência administrativa da ANTT e do DNIT, nos termos da **Lei** nº 10.233/2001, e foi devidamente autorizada pelos órgãos federais competentes. IV- Remessa necessária desprovida. Sentença mantida.

TRF-5 - APELREEX Apelação / Reexame Necessário REEX 91452520124058200 (TRF-5)

Data de publicação: 03/10/2013

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL LAVRADO POR ENTE NÃO COMPETENTE PARA O LICENCIAMENTO. **LEI COMPLR 140/2011**. REVENDA DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO. COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA COMUM. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO DO IBAMA. 1. Exsurge dos autos questionamento acerca da possibilidade do exercício do poder de polícia repressivo, após o advento da **Lei Complementar 140 /2011**, que estabeleceu as regras para a competência administrativa na esfera ambiental, por ente federativo que não detém a atribuição para promover o licenciamento do empreendimento potencialmente poluidor. 2. Na situação, o Magistrado sentenciante considerou que o procedimento administrativo de licenciamento da impetrante, cujo objeto social consiste na revenda de combustíveis e derivados de petróleo, seria exclusivo da entidade estadual (SUDEMA), a afastar a fiscalização/autuação realizada pela entidade federal (IBAMA). 3. Consabido que a **Lei Complementar 140 /2011** estipula em seus artigos as atribuições da União, Estados e Municípios, e, no que diz respeito ao licenciamento ambiental, a competência dos Estados é residual, abarcando todos os empreendimentos e atividades não englobados pelas atribuições da União e dos Municípios, do que se inclui a revenda de combustíveis e derivados do petróleo, realizado pela SUDEMA. 4. Fazendo-se uma análise da legislação em estudo, o que se verifica é que no âmbito das ações de licenciamento e fiscalização a regra geral é a de que o ente competente para promover o licenciamento é o que detém a atribuição de fiscalização. Nesse sentido, confira-se o que dispõe o art. 17 do diploma analisado: Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada. 5. Ocorre que, o parágrafo 3º. do artigo [...]

Encontrado em: **UNÂNIME Primeira Turma 03/10/2013 - 3/10/2013 LEG-FED LCP -140 ANO-2011 ART-17 PAR-3 ART-15 PAR-TRF-5 - APELREEX Apelação / Reexame Necessário REEX 91452520124058200 (TRF-5)**

federativos, espera-se que essa fragilidade seja minimizada ao passo que a efetividade seja fortalecida.

3.3.5 Relação do órgão licenciador com as instituições externas ao SISNAMA

As múltiplas intervenções dos órgãos externos ao SISNAMA, ao passo que têm por objetivo a tutela dos bens e direitos que visam salvaguardar, afetam a segurança jurídica do licenciamento, dificultando a previsibilidade dos respectivos posicionamentos (tendo em vista que, em alguns casos, estes detêm poder de veto) , prejudicando, em última análise, a sua efetividade.²¹⁰

Nesse contexto, questão controvertida do tema em comento refere-se à natureza das intervenções de órgãos e entidades públicas no curso do procedimento licenciatório, os quais não fazendo parte do SISNAMA, vinculam-se com o bem ou área impactados pelo empreendimento e ainda, com a população diretamente afetada.

Assevera Vulcanis²¹¹ que esse tema é tratado de forma incipiente pela legislação, configurando fonte de controvérsias sobre a atribuição dos referidos órgãos, bem como a vinculação de suas manifestações, comprometendo, portanto, o

²¹⁰ Há casos em que a lei exige prévia autorização, não havendo que se falar em órgão interveniente. Dessa forma, outra modalidade de autorização ambiental capaz de gerar insegurança jurídica no curso do processo de licenciamento refere-se à certidão de uso e ocupação do solo, emitida pela Prefeitura Municipal, prevista na Resolução CONAMA 237/97 no seu art. 10, §1º. Já houve caso de Mandado de Segurança impetrado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que no curso do licenciamento de ampliação de infraestrutura de rodovia federal, o Município não apenas se recusou a expedir a certidão em comento, como também embargou a obra. O impasse foi resolvido por intervenção judicial, conforme julgado a seguir exposto:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO E OBRA PÚBLICA EM RODOVIA FEDERAL. CONTRATO DE CONCESSÃO. PRAÇA DE PEDÁGIO EM LOCAL AUTORIZADO PELO PODER CONCEDENTE. ATITUDE ABUSIVA DO MUNICÍPIO APELANTE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL IMPROVIDOS.

1-A Rodovia do Aço S/A impetrou mandado de segurança objetivando a suspensão do embargo administrativo realizado pelo Município de Barra do Piraí nas obras de construção da praça de pedágio P3, no KM 265,1, da BR 393/RJ.

2-A referida praça de pedágio está em local autorizado pelo Poder Concedente Federal. Atitude abusiva do ente municipal apelante em embargar a construção, tendo em vista que está fora do seu âmbito de competência.

3-Remessa Necessária e Apelação Cível improvidos. (TRF da 2ª Região, 5ª T. Especializada, v.u., AC 0000705-91.2008.4.02.5119, rel. Guilherme Diefenthaler, j. em 25/02/2014).

²¹¹ VULCANIS, **Os problemas do licenciamento ambiental e a reforma do instrumento**, p. 12.

bom andamento do procedimento licenciatório, em vista dos atrasos e interpretações equivocadas.

Com a edição da LC 140/2011, ficou estabelecido que:

Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

§ 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

Diante do dispositivo legal supramencionado, verifica-se que a LC 140 teve por escopo estabelecer uma decisão única, a fim de evitar que outros entes federativos imponham obstáculos ao licenciamento ou interfiram de modo que subtraia ou reduza o poder decisório do órgão licenciador. De acordo com BIM²¹², “[...] a interveniência não pode significar intervenção no processo decisório do licenciamento ambiental”, uma vez que “[...] quando se atribui a um órgão o poder de tomar alguma decisão, a regra é que ele seja soberano em tomar essas decisões, sem sofrer interferências de outros órgãos e entidades públicas”.²¹³

Em referência à intervenção dos órgãos externos ao SISNAMA, especialmente no que tange aos impactos ambientais de bens afetados pelo empreendimento e aos impactos sociais, é possível citar o IPHAN²¹⁴ e a FUNAI²¹⁵, que visam à tutela do patrimônio cultural nacional e dos povos indígenas, respectivamente. Em que pese a especialização de tais órgãos e a importância de seus pareceres técnicos, a imprevisibilidade na aprovação de empreendimentos deve-se, fundamentalmente, à falta de estrutura, além das amarras burocráticas frequentemente existentes no âmbito destes. No entanto, ainda que sua atuação não seja vinculante à decisão final expedida pelo órgão licenciador, não há substrato legal para refutar o

²¹² BIM, **Licenciamento Ambiental**, p. 86.

²¹³ *Ibidem*, p. 86. Complementa o autor que: “Somente com previsão expressa de vinculatividade da interferência de terceiro órgão é que se poderia afetar o curso do licenciamento ambiental, retirando a discricionariedade do órgão licenciador”.

²¹⁴ INSTITUTO DE PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL.

²¹⁵ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO.

argumento especializado do respectivo órgão interveniente quando houver nexo causal com o impacto analisado no licenciamento.²¹⁶

Nilvo Silva ratifica tal posicionamento ao se manifestar sobre o tema, considerando que:

Não se pode afastar a manifestação dos órgãos intervenientes especializados na tutela ou administração de bens ambientais afetados pelo empreendimento ou obra licenciada. É o caso, por exemplo, do IPHAN ou da Funai. Sendo tais órgãos especializados, seus pareceres técnicos, desde que relacionados aos impactos derivados do licenciamento em que ocorrerá a intervenção, à luz do princípio da legalidade e da motivação dos atos administrativos, devem ser vinculantes. Não há como refutar o argumento especializado do órgão interveniente quando houver nexo causal com o impacto investigado no licenciamento. Entendemos que dispensar o parecer do interveniente por razões que não técnicas, mas políticas, por exemplo, enseja o questionamento judicial da decisão, já que incide a discricionariedade técnica do licenciamento.²¹⁷

Em recente audiência pública²¹⁸ sobre licenciamento ambiental e sua flexibilização via inovação legislativa, a questão dos órgãos intervenientes também foi debatida, criticando-se a criação da “licença tácita”, em caso de não atendimento do prazo de manifestação do órgão especializado. Foi considerado que, de acordo com a redação proposta pelo Projeto de Lei 654/2015:

[...] há a criação da licença tácita no Brasil e com isso estarão ameaçados os povos indígenas, a comunidade quilombola, às áreas protegidas,... e tudo isso sob o contexto de uma grave ingerência e falta de vontade política em investir nesses órgãos, que certamente não possuem estrutura interna para atender a prazos exíguos estampados no PL.

Dessa forma, em que pese o atraso e imprevisibilidade decorrente da intervenção do órgão interveniente no curso do procedimento licenciatório, há que se repensar se sua manifestação de fato não vincula a decisão do órgão licenciador,

²¹⁶ SILVA; CAPELLI,.. Elementos centrais para a regulamentação federal do licenciamento, **Revista de Direito Ambiental**, v. 82, p. 91.

²¹⁷ SILVA; CAPELLI. Elementos centrais para a regulamentação federal do licenciamento, **Revista de Direito Ambiental**, v. 82., p. 90/91. Os autores consideram que apenas o princípio da proporcionalidade, devidamente fundamentado e comprovado, justificaria a redução do proposto na intervenção do órgão especializado. Entretanto, tal ponderação deve ser feita no caso concreto, não podendo encontrar solução genérica no texto legal, especialmente para afastar a tutela, o que seria um retrocesso.

²¹⁸ **Ata de Audiência Pública do MPF sobre Licenciamento Ambiental, realizada em 08 de março de 2016**. Disponível em: https://am37.files.wordpress.com/2016/04/ataaudienciapublica-licenciamentoambiental-08_03.pdf. Acesso em: 20 dez.2016

especialmente nos casos de flagrante nexos causal entre o impacto objeto da manifestação e o licenciamento.

3.4 Considerações sobre a efetividade do licenciamento ambiental

3.4.1 Conflitos ambientais. Judicialização. Insegurança Jurídica

Conforme já aventado no presente trabalho, no âmbito do licenciamento ambiental há uma dicotomia de interesses, expressada por representantes de setores da economia (empreendedores), cuja queixa tem por fundamento as exigências ambientais burocráticas e a falta de clareza da legislação, responsáveis pelo excesso de discricionariedade por parte do órgão licenciador, pelos altos custos, e pela incapacidade técnica dos órgãos ambientais na análise e processamento de autorizações (ou seja, os limites institucionais desses órgãos).²¹⁹

Paralelamente, são frequentes as críticas relativas à violação de normas ambientais e à má qualidade na elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA)²²⁰ por parte da equipe contratada pelo empreendedor, gerando problemas referentes à concepção parcial do projeto por não prever impactos cumulativos e sinérgicos (portanto, não incluindo as medidas mitigadoras ou preventivas diante

²¹⁹MORAES, Raimundo. Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil. Excesso ou garantia de participação? **Revista de Direito Ambiental**: RDA, v. 10, n. 38, p. 204-237, abr.-jun. 2005. O autor enumera os limites institucionais dos órgãos atuantes no licenciamento especialmente sob os seguintes fatores: a) de pessoal (baixa capacidade técnico-profissional de seu próprio pessoal, além de insuficiente apoio técnico-científico de outras organizações especializadas; b) organizacionais (exemplificando a superposição de tarefas, excesso de burocracia); c) de infraestrutura (deficiente ou obsoleta); d) de autonomia (dificuldade ou impossibilidade na realização plena de suas atribuições, limitadas à pressões ilegítimas); e) de legitimidade (baixa capacidade de exercerem a liderança no processo de mediação e negociação de conflitos).

²²⁰BANCO MUNDIAL. **Licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil: uma contribuição para o debate. Relatório-síntese**. 2008, p. 29: “A realidade se mostrou mais complexa do que o esperado. O governo exerceu de fato uma coordenação mais intensa, particularmente entre o MME e o MMA, mas as licenças não fluíram com a velocidade esperada. As razões eram múltiplas, e incluíam má qualidade dos estudos EIA-RIMAs, burocracia na tramitação das licenças e um alegado preciosismo dos órgãos ambientais, os quais se detinham em problemas válidos, mas de segunda ordem quando se levava em conta o compromisso entre os objetivos de desenvolvimento econômico e de respeito ambiental.” Disponível em: [http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139278/Relat%C3%B3rio+Principal+\(PDF\)/8d530adb-063f-4478-9b0d-2b0fbb9ff33b;jsessionid=F0198597D8CCABE80B0C020FE40E97A7.srv155](http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139278/Relat%C3%B3rio+Principal+(PDF)/8d530adb-063f-4478-9b0d-2b0fbb9ff33b;jsessionid=F0198597D8CCABE80B0C020FE40E97A7.srv155). Acesso em: 14 abr 2007.

destes impactos). Também figuram entre os principais impasses, a falta de transparência e a ausência (ou pouca expressividade) de acesso à participação tanto por parte da comunidade diretamente afetada quanto por parte de outros órgãos com competência específica sobre o tipo de impacto.

Outras limitações do instrumento também podem ser verificadas, mais especificamente com relação ao alcance do procedimento licenciatório para tratar de todos os conflitos, bem como o atendimento a uma série de demandas que surgem ao longo do processo. Nas palavras de Moraes²²¹, configura-se o “[...] limite jurídico-político do instrumento”, na medida em que “[...] quanto maior o projeto ou atividade, maior sua capacidade de fazer ingressar no campo do licenciamento ambiental os temas de vastas demandas sociais”²²² que exorbitam, por sua vez, o escopo do licenciamento, gerando assim sua fragilidade.

Tendo em vista o conjunto de fatores supramencionados, relacionados à limitação do instrumento tanto sob o aspecto político quanto sob o aspecto institucional, há consequente tendência de transferência desses conflitos do âmbito administrativo para a esfera judicial, resultando, portanto, no controle jurisdicional do licenciamento.²²³

Cumprе ressaltar que o controle jurisdicional do licenciamento ambiental é abrangido tanto pelo processo administrativo licenciatório quanto pelo ato administrativo traduzido na licença ambiental. Ademais, a discricionariedade administrativa, para ser contestada, há de ser manifestamente desarrazoada, uma vez que a regra se respalda na deferência judicial às decisões tomadas pela Administração Pública ambiental.

²²¹ MORAES. Raimundo. Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil: excesso ou garantia de participação? **Revista do Direito Ambiental**, v. 10, p. 18. Elucida o autor que “[...] de fato, essa situação parece revelar uma incapacidade do processo de licenciamento ambiental de atingir um de seus maiores objetivos: gerenciar os conflitos ambientais envolvidos a partir dos interesses postos em cada caso. Isso, de fato, pode ser verdadeiro, mas só parcialmente. É mais provável que só essa demanda efetivamente extrapole os limites jurídicos do licenciamento e deva, por isso, ser distribuída ou compartilhada com outros instrumentos de deliberação pública – como o próprio processo de discussão e elaboração de políticas públicas e do orçamento, por exemplo. Portanto, com outros setores do Estado – na função executiva e legislativa”.

²²² MORAES. Raimundo. Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil: excesso ou garantia de participação? **Revista do Direito Ambiental**, v. 10, p. 18.

²²³ *Ibidem*, “[...] o descumprimento ou violação dessas normas que regem o regime jurídico do licenciamento ambiental, por ação ou omissão da Administração ou do interessado, levam necessariamente à possibilidade de controle jurisdicional desse processo administrativo.”

O referido controle jurisdicional do procedimento licenciatório assume inúmeras escalas, em razão do alto grau de judicialização do direito ambiental. Como elucida Eduardo Bim:

Há uma tendência de superprocedimentalizar o processo decisório ambiental, tornando sagrado cada elemento, potencializando as nulidades e minando o formalismo moderado ou informalismo e a instrumentalidade das formas. Há também a adição judicial de requisitos não previstos no rito por questões de justiça, de melhor participação, devido processo legal, etc., o que, combinada com a anterior, tem um efeito devastador sobre a segurança jurídica do processo decisório ambiental, bem como na sua eficiência.²²⁴

Como apoio argumentativo à judicialização do instrumento, pode ser citada a Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público de São Paulo, contra o órgão licenciador IBAMA e a Companhia Docas de São Sebastião. A licença concedida para ampliação do Porto de São Sebastião foi anulada pela Justiça Federal, a fim de suspender o procedimento licenciatório do porto até que se obtenha uma conclusão segura acerca da viabilidade do empreendimento na região. Na decisão prolatada pelo Juiz Federal, foi determinada a retificação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), com a análise dos impactos cumulativos e sinérgicos entre o empreendimento e a ampliação de terminal licenciado pelo órgão estadual competente (CETESB), bem como a apresentação de alternativas menos impactantes à área de preservação permanente a ser impactada (APP), entre outras medidas.²²⁵

Diante do exposto, em que pese o prevailecimento da proteção ambiental diante da execução de um projeto, os argumentos do empreendedor, referentes ao retardamento do procedimento licenciatório de obra de interesse nacional e à ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo por meio do controle jurisdicional do licenciamento, dão ensejo à insegurança jurídica gerada pelo instrumento.

Com base no exemplo mencionado, pertinente citar a indagação feita pelo Professor Sérgio Guerra:

[...] como compatibilizar a premissa basilar e essencial da segurança jurídica na regulação de atividades econômicas, decorrente do Estado

²²⁴ BIM, **Licenciamento Ambiental**, p. 285/286.

²²⁵ JUSTIÇA FEDERAL. Seção de São Paulo. 1ª Vara Federal de Caraguatatuba. ACP nº 0000398-59.2014.4036135. Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento.

Democrático de Direito, haja vista a incapacidade, por diversas razões antes indicadas nesta obra, do princípio da legalidade concretizar a justiça oriunda da desejável previsibilidade normativa nos comportamentos do cidadão, em cotejo com as novas exigências da sociedade (econômicas, sociais, etc.) e influxos de avanços tecnológicos?²²⁶

De acordo com a doutrina de Guerra,²²⁷ entende-se que o enquadramento da segurança jurídica no âmbito da regulação estatal de atividades econômicas está pautado sob a vertente axiológica, “[...] impondo-se uma releitura da segurança jurídica exaltada no modelo positivista oitocentista”.

Trazendo a questão para a regulação ambiental via procedimento licenciatório, tem-se que as escolhas regulatórias não devem ser somente atreladas às leis, mas sim à luz do equilíbrio “[...] cíclico e auto-referencial sistêmico, vinculada aos direitos fundamentais” e baseada no caso concreto para mensurar a extensão da aplicação das exigências de segurança jurídica. Ou seja, a segurança jurídica tida não só como princípio, mas como valor, configurando-se, desta forma, no campo regulatório, quando houver uma decisão justa no caso concreto, de acordo com as pautas axiológicas decorrentes da abertura constitucional”.²²⁸

Cass Sunstein sugere a análise de custo-benefício por parte das instituições, entendida como um método de “expor na tela grande” fatos sociais relevantes que estariam normalmente fora da atenção pública e privada. Dessa forma, a análise custo-benefício consistiria em uma espécie de auditoria completa, no que tange às consequências da redução de risco, em termos quantitativos e qualitativos, necessária à tomada de decisão por parte dos órgãos institucionais.²²⁹

²²⁶ GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum. 2008, p. 356/357. O autor indaga ainda se, partindo da premissa de que os mecanismos de edição das leis editadas pelo Parlamento não atendem às necessidades da sociedade pós-moderna, em razão de gerarem insegurança na aplicação do Direito: “[...] a escolha regulatória, por meio da deslegalização de matérias, ainda que diante da necessária mobilidade, pode ser um meio de solucionar ou minimizar essa crise, ampliando a segurança jurídica? Seria possível a elaboração de uma metodologia que privilegiasse a segurança jurídica possível, a ser observada pelas entidades reguladoras na elaboração de normas que dão sustentabilidade a suas escolhas?”.

²²⁷ GUERRA, Sérgio, **Discrecionalidade e reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**, p. 391.

²²⁸ *Ibidem*, p. 395/396.

²²⁹ SUNSTEIN, Cass **Risk and Reason: safety, law and the environment**. Cambridge: Cambridge University Press. 2002. p. 106. “Cost benefit analysis to entail a full accounting of the consequences of risk reduction, in both quantitative and qualitative terms. Officials should have this accounting before them when they make decisions.”

Corroborando tal assertiva, Guerra assinala que a segurança na sociedade de riscos “[...] baseia-se em um equilíbrio de confiança e um risco aceitável”, justificando a importância das entidades reguladoras independentes, cuja composição de teor mais técnico e menos político exerceria “como pré-interpretres dos valores constitucionais, papel mais ativo na defesa dos direitos fundamentais”.²³⁰

Em vista do exposto, a atuação técnica regulatória teria o condão de reduzir a insegurança jurídica presente no curso do procedimento licenciatório (em que pese o risco de a inflação normativa por parte dessas entidades conduzir a um subsistema regulado ao agravamento da imprevisibilidade e consequente insegurança jurídica²³¹). Com vistas a melhor elucidar a questão, faz-se necessário discorrer sobre as agências reguladoras e suas principais características, para, ao final, cotejar seu regime com o modelo vigente de governança ambiental instituído pela PNMA.

²³⁰ GUERRA, Sérgio, *Discrecionalidade e reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, p. 402.

²³¹ GUERRA, Sérgio, *Discrecionalidade e reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, p. 412.

4 MODELO DE GOVERNANÇA AMBIENTAL PERANTE O ESTADO REGULADOR

O presente capítulo tem por escopo efetuar breve histórico sobre a intervenção estatal nos sistemas econômicos até o advento do Estado regulador na Constituição Federal de 1988, para, posteriormente, avaliar as principais características das agências reguladoras independentes (criadas por Lei a partir deste modelo de intervencionismo estatal). Cabe ressaltar que não se pretende aprofundar as características dessas autarquias especiais, tendo em vista que o tema é extremamente abrangente (tanto nos aspectos relativos à sua autonomia quanto no desempenho de suas funções), desviando, portanto, o foco do presente capítulo.

Diante da análise das características das agências reguladoras, busca-se, em última análise, cotejar o modelo regulatório destas autarquias com o modelo de governança em matéria ambiental instituído pelo SISNAMA, uma vez que, ao ser comparado a outras áreas em que a regulação incide, o modelo institucional ambiental apresenta especificidade própria – “de duvidosa eficiência”.²³²

Em razão do exposto, vislumbram-se as agências reguladoras independentes como novo paradigma de modelo institucional, o qual, diante de suas atribuições, tem melhores condições de proporcionar maior eficiência ao setor que visa regular.

4.1 Intervenção estatal na economia e o Estado regulador na Constituição Federal de 1988

A regulação implica “[...] uma nova concepção do papel do Estado na economia”. Nas palavras de Jacques Chevallier, “[...] falar da função regulatória do

²³² SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Regulação Ambiental in **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**, p. 321.

Estado pressupõe que o sistema econômico não possa atingir por si próprio o equilíbrio, que ele tenha a necessidade da mediação do Estado para o alcançar.”²³³

Com efeito, a ideia do liberalismo econômico, dominante no século XVII, caracterizou-se principalmente pela defesa do princípio segundo o qual o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais do mercado, “[...] sem os grilhões anteriormente postos pelo Estado”.²³⁴

O Estado regulador é, portanto, uma consequência da crise do modelo capitalista liberal, não-intervencionista, norteado pela autorregulação das relações econômicas por meio do mercado, cujo funcionamento tem por pressuposto a ação racional do homem com vistas à maximização de seus interesses individuais.²³⁵

A partir de meados do século XIX, o capitalismo se transforma, dando origem ao novo Estado industrial. No período entre as duas grandes guerras, a crise econômica se instaura, dando ensejo ao surgimento de um novo Direito e à imperiosidade da atuação do Estado no domínio econômico.²³⁶

Registre-se nesse aspecto, a influência dos Estados Unidos da América no tocante à estruturação dos entes regulatórios, tendo em vista o contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, com o surgimento da *Interstate Commerce Commission*.

No entanto, as agências reguladoras independentes somente ganharam força nos Estados Unidos²³⁷ após o *New Deal's National Industrial Recovery Act*, editado em 1933 (portanto, sob o efeito da *grande depressão* ocorrida entre 1929 e 1933). Foi

²³³ CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Capítulo 1, II. “O Estado supervisor”.

²³⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, cap. V, p. 190/191. Segundo o autor, defende-se, desde então “[...] a teoria segundo a qual a economia está sujeita a leis naturais que a levam fatalmente a uma situação de equilíbrio entre os integrantes do mercado, com frutos positivos para toda a sociedade, que será rica se os seus integrantes o forem... O governante não deve interferir, de forma alguma, nesse processo natural de desenvolvimento do mercado”. Desta forma, “o constitucionalismo do século XIX surgiu impregnado de liberalismo, tanto político quanto econômico. As Constituições brasileiras de 1824 e de 1891 basearam-se no princípio básico do liberalismo econômico [...]”.

²³⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006 (Capítulo II), p. 70/71.

²³⁶ *Ibidem*, p. 292.

²³⁷ *Ibidem*, p. 76. “O primeiro órgão regulador a ter relevância no cenário econômico norte-americano foi a *Massachusetts Board of Railroad Commissioners* criada em 1869 para regular os transportes por meio de estradas de ferro na região.”

a partir do Governo Roosevelt que as agências reguladoras assumiram papel de relevância na condição de mecanismos jurídico-institucionais de regulação da economia. Assim, o desenvolvimento do Estado regulador nos Estados Unidos teve dois momentos fundamentais: o *New Deal* (1933-1940) e a *New Social Regulation* (1965-1980), como segunda onda regulatória (período em que a democracia participativa ganha relevância, e vem a influenciar o desenho institucional dos órgãos reguladores).²³⁸

Citando a “era do estado regulador”, Baldwin considera que:

*The practice of regulating markets, for example through licensing or planning permits, belongs to the oldest functions of the state but the language of regulation as penetrated ever more social domains, leading some observers to declare that we are living in the age of the ‘regulatory state’.*²³⁹

A regulação, portanto, destaca-se perante os modos clássicos de intervenção estatal na economia, tendo em vista que:

Ela consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos, assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto; pela regulação, o Estado não se põe mais como ator mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar as suas ações. A implantação dessa função

²³⁸ MATTOS, **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**, p. 78/90. Segundo o autor: “Assim, se no primeiro momento da constituição do Estado regulador norte-americano a preocupação principal era o controle do poder monopolista, da concorrência destrutiva ou o planejamento industrial de setores da economia norte-americana visando ao desenvolvimento econômico, no segundo momento, além das preocupações iniciais, buscou-se corrigir com maior intensidade os problemas de informação imperfeita aos consumidores e pequenos acionistas, além dos relativos à segurança dos produtos, proteção ao meio ambiente, certeza de resultados da ação regulatória e maior equidade distributiva.” (*New Social Regulation* como segunda onda regulatória nos EUA). “Durante o *New Deal*, as agências reguladoras ficavam subordinadas à figura do presidente (Poder Executivo) – apesar de insuladas burocraticamente do Poder Legislativo e compostas por técnicos especializados [...] No caso da *New Social Regulation*, os ativistas pró interesse público irão caminhar em outra direção, defendendo a independência decisória dos órgãos reguladores. “[...] o resultado do *New Deal* e da *New Social Regulation* foi a ampliação radical não só da atuação do Estado sobre a esfera econômica e sobre a organização da vida social, mas, principalmente – como uma reação –, à ampliação das formas de representação de interesses para o controle democrático da ação regulatória do Estado”. A radicalização do sentido das audiências públicas e consultas públicas no caso norte-americano ocorre com a *New Social Regulation* e no contexto político de atuação da *New Left*.

²³⁹ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press 2010. Reprinted 2013. p. 4. Em tradução livre: “A prática de regular os mercados, como exemplo, através de licenças ou licenças de planejamento, pertence ao plexo das funções mais antigas do Estado, mas a linguagem da regulação penetrou cada vez mais no domínio social, de modo que seus observadores declaram que estamos vivendo a era do estado regulador”.

pressupõe a reunião de diversas condições: uma posição de exterioridade relativamente ao jogo econômico; uma capacidade de arbitragem entre os interesses em jogo; uma ação contínua a fim de proceder aos ajustes necessários.²⁴⁰

No âmbito nacional, impende registrar que, no Brasil, ao longo do século XX, de acordo com Sérgio Guerra “[...] sempre houve grande intervencionismo estatal. Por aqui, o liberalismo teria passado ao largo, e como não poderia deixar de ser, a organização administrativa foi estruturada para esse fim intervencionista”.²⁴¹

Norteados pelas premissas da pós-modernidade, que impõem significativas mudanças na condução da ordem econômica em diversos países, principalmente na Europa durante a década de 80²⁴², “[...] o modelo de Estado regulador foi confirmado no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988”.^{243 244}

²⁴⁰ CHEVALLIER, **O Estado Pós-Moderno**, p. Destaca ainda o autor que “[...] a regulação pressupõe o recurso a uma panóplia de meios de ação: a regulamentação (*rule-making*), a fiscalização (*monitoring*), a alocação dos direitos (*adjudication*), a composição dos litígios (*dispute resolution*). Se o seu exercício passa pelo canal do direito e supõe uma formalização jurídica, tal se dará segundo modalidades diferentes da regulamentação clássica: o direito da regulação aparece como um direito maleável, pragmático, flexível, elaborado na relação estreita com os destinatários e continuamente revisado em função dos resultados obtidos.”

²⁴¹ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras** [...], p. 47. Afirma o autor que “O Brasil adotou o modelo de estado intervencionista, empresário, que, por sua vez, moldou a forma de estado da Administração Pública nacional, próxima ao desenho *weberiano* instituído com Vargas.” (p. 56).

²⁴² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, cap. VI, p. 244/245. Na Inglaterra, em 1979, com o advento do Governo Thatcher e o fenômeno da desregulação. Na Europa continental, a instituição de autoridades administrativas independentes esteve diretamente ligada ao desmantelamento do Estado Social [...]. A emergência de autoridades administrativas independentes no contexto europeu apresenta relação indissociável com a criação e afirmação da União Europeia, como projeto comunitário de unificação econômica, jurídica e político-institucional.

V. também ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Capítulo II, p. 46: “[...] A perspectiva do mercado de livre fluxo de capital foi afetada a partir da década de oitenta, “pela erosão do poder estatal diante da globalização dos mercados, propiciada pela revolução tecnológica da informática e das comunicações, pela necessidade de diminuição do déficit fiscal...” dificultando a manutenção de determinadas atividades titularizadas e prestadas diretamente pelo Estado nacional.

²⁴³ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade** [...], p. 89.

²⁴⁴ TORRES, Sílvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 (Capítulo VII). “A despeito de severas críticas que recebeu e ainda recebe a nossa carta constitucional, sobre ser compromissória e casuística, o certo é que o constituinte de 1988 houve por bem dar uma abertura, ainda que acanhada, a uma nova estruturação do Estado brasileiro, impedindo, na ordem econômica, a proliferação do intervencionismo estatal e erigindo a iniciativa e a propriedade privada em valor social a teor do art. 1º, IV. Consagrou a nossa Lei Fundamental, a livre iniciativa e a economia descentralizada, restringindo a atuação estatal direta a motivos previamente nela próprios tipificados, a saber, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173).”

Decerto, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, ocorrida na década de 1980, tinha por substrato a reformulação das estratégias de intervenção estatal na economia. Portanto, em consonância com Binenbojm, por meio “[...] das desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, a partir dos anos 1990 foi substituído pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto”.²⁴⁵

A Carta Constitucional de 1988 adota o modelo de organização econômica capitalista, sendo a livre iniciativa princípio fundamental da República e da Ordem Econômica.²⁴⁶

Assim, o artigo 174 da Carta Constitucional de 1988, que visa afastar a exploração direta do estado na atividade econômica, prescreve que “[...] como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado 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”.²⁴⁷

Diante da previsão constitucional supramencionada, o Estado brasileiro passa a ser regulador. Em decorrência, o papel estatal, com base na ótica da subsidiariedade, passa a ter foco na fiscalização, no incentivo e no planejamento.

Alexandre dos Santos Aragão considera que o desenvolvimento de uma administração independente, com poderes decisórios regulamentares e individuais, tem como cenário de desenvolvimento um espaço administrativo “suficientemente aberto”, em contraposição aos espaços administrativos organizados e controlados com rigidez. É nesse contexto, segundo o autor, que “[...] em todo o mundo ocidental, se avulta a importância das agências reguladoras independentes, principalmente naqueles setores

²⁴⁵ BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo [...]**, p. 248/249. Elucida o autor que “[...] o sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições...Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas de ingerências político-partidárias”.

²⁴⁶ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras [...]**, p. 94.

²⁴⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**, cap. V, p. 203: “A atuação reguladora da atividade econômica por parte do Estado está sujeita ao *princípio da subsidiariedade*, no que tange a deixar aos indivíduos a tarefa de regulamentar a própria atividade, ou de não criar regras que dificultem, em lugar de viabilizar a atividade econômica. É o fenômeno atualmente conhecido como *desregulamentação da economia*.”

sensíveis à articulação do Estado com a sociedade, destacando-se aqueles que tenham sido objeto de desestatização”.²⁴⁸

4.1.1 Agências reguladoras independentes: natureza jurídica e principais características

As agências reguladoras brasileiras foram criadas sob a forma de autarquias de regime especial²⁴⁹, destacando-se, todavia, o fato de que a principal característica definidora de sua autonomia reside no regime jurídico conferido pela lei instituidora de determinada entidade. Em comparativo à governança ambiental instituída pelo SISNAMA, cabe frisar que o IBAMA é autarquia especial, porém desprovida de autonomia, consistindo, desta forma, em um regime especial meramente formal, despido de maiores consequências práticas.

Como autarquias de regime especial, sua natureza jurídica é de direito público, criadas com o objetivo de executar atividades típicas da administração pública. Isto porque, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998²⁵⁰, ao alterar o §1º do art. 173, tal diploma, ao fazer referência apenas à natureza privada das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias resolveu a questão acerca da natureza jurídica das agências.

Releva notar que o Estado instituiu por lei as agências reguladoras autônomas com vistas à realização de “atribuições regulatórias da atividade econômica e social que lhe foi conferido pela Constituição de 1988”.²⁵¹ Assim, a função neutral

²⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. p. 215. No entanto, adverte o autor que as agências reguladoras foram, “[...] em um primeiro momento, adotadas no Brasil em decorrência da desestatização de serviços públicos, o que está muito longe de significar que sejam por essência um instrumento de desregulação ou da desestatização, até mesmo porque logo começaram a ser criadas agências reguladoras, não mais de serviços públicos, mas se atividades econômicas stricto sensu, que propiciaram um aumento de intervenção estatal sem precedentes nestes setores (por exemplo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS sobre os planos de saúde privados)”. p. 267.

²⁴⁹ Vide por exemplo: ANEEL (art. 1º, Lei nº 9.427/96), ANATEL (art. 8º, Lei nº 9.472/97), ANP (art. 7º, Lei nº 9.947/97), ANA (art. 3º, Lei nº 9.984/00).

²⁵⁰ Emenda Constitucional nº 19/1998, Art. 22.

²⁵¹ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras [...]**, p. 111.

regulatória não foi explicitada na Carta de 1988, sendo, desse modo, decorrente de norma legal.²⁵²

Nas palavras de Binenbojm, “o regime diferenciado das agências reguladoras brasileiras [...] consiste no amálgama entre *autonomia reforçada* e *concentração de funções públicas*, normalmente distribuídas entre os poderes do Estado”.²⁵³

Infere-se, portanto, que o traço definidor deste tipo de autarquia no Direito pátrio é sua autonomia reforçada, caracterizada mediante: a) a independência política de seus dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo, investidos em seus cargos a termo fixo e vedação de exoneração *ad nutum*, havendo, portanto, estabilidade durante o mandato; b) independência técnica decisional, revelada mediante requisitos de formação técnica impostos por lei aos seus dirigentes, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio, gerando, como consequência, a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos respectivos Ministérios e mesmo pelo Presidente²⁵⁴; c) independência administrativa, calcada pela autonomia gerencial e financeira, com previsão de receitas e regime de pessoal próprio.

Tendo em vista que o conceito de regulação abarca o exercício de um plexo de funções e poderes administrativos, o desempenho destas ações distintas chega a desafiar algumas formulações mais tradicionais da doutrina da separação de poderes.²⁵⁵

No artigo “*Prelude to the separations of powers*”, Barber²⁵⁶ considera que, se o objetivo da separação de poderes for a promoção de eficiência, não haverá razão

²⁵² GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras** [...] p. 111.

²⁵³ BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo** [...] p. 251.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 252.

²⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Op. Cit., p. 316. O autor também destaca, a respeito das agências reguladoras diante da separação de poderes que: “as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcança, com melhor proveito, escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança judicial, a proteção da coletividade e os indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.” - p. 375/376.

²⁵⁶ BARBER, N.W. “*Prelude to the separation of powers*”. **The Cambridge Law Journal**, v. 60, issue 01, March 2001, p. 58-88 e 69/70. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/prelude-to-the-separation-of-powers/41A6729A2EA6A830D248D3FA7385DBAC>>. Acesso em: 05 maio 2017. “*If the goal of the separation of powers is the promotion of efficiency, there seems little reason to attempt to confine the*

para confinar a doutrina sob a ótica reduzida dos três Poderes. O autor afirma que, enquanto essa divisão era defensável na época de Montesquieu, não pode ser mais defendida na era moderna. Dessa forma, a linha separatória entre os três Poderes tem sido cada vez mais tênue, visto que as instituições modernas geralmente incluem duas ou três categorias da divisão estatal proposta por Montesquieu.

Assim, as principais funções conferidas às agências reguladoras relacionam-se às atividades normativa²⁵⁷, fiscalizadora, sancionatória e julgadora.²⁵⁸

Com relação à atividade normativa²⁵⁹, a independência das agências reguladoras caracteriza-se pelo fenômeno da deslegalização, consistente na retirada pelo próprio legislador de certas matérias do domínio da lei, transferindo-as ao domínio do regulamento. Todavia, o tema suscita certa conflituosidade, tendo em vista a observância ao princípio da reserva legal, por meio do qual a edição de normas jurídicas em caráter primário se dá via edição de lei formal.

doctrine within the straight-jacket of the three classic branches of state...The line between the three branches of state has become increasingly blurred; modern institutions often span two or three of Montesquieu's categories". O autor exemplifica citando a Comissão da União Europeia, que exerce parcialmente as atividades legislativa, judicial e executiva.

²⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Op. Cit., p. 397. "A determinação do âmbito do poder normativo das agências reguladoras pressupõe a definição do que se entende por Estado de Direito, separação de poderes, princípio da legalidade e discricionariedade."

²⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**, p. 393. "A função reguladora vale-se de um complexo de funções clássicas, administrativas, normativas e judicantes, variando apenas o método decisório que as combinará."

²⁵⁹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade** (Capítulo I). p. 38/39. "[...] do ponto de vista jurídico, podemos entender a regulação administrativa como um conjunto de normas decorrentes de normas *secundárias* e de normas *terciárias*. As normas secundárias seriam todas aquelas que, com fundamento legal em normas *primárias* – normas que estabelecem obrigações – ou em outra norma *secundária* [...], prevêm direitos e deveres mas especialmente, alterando e especificando condicionamentos e restrições já previstos em normas *primárias* editadas pelo Poder Legislativo. Tais normas permitem a adaptação e a especificação, por meio de *delegação legislativa*, do conteúdo de normas *primárias*, gerais e abstratas, diante de situações novas que ocorrem. Essa necessidade de adaptação e especificação do conteúdo de normas gerais e abstratas é inerente ao funcionamento de qualquer sistema jurídico moderno, que não suporta, com a complexidade do funcionamento dos sistemas político e econômico, os defeitos decorrentes de um sistema jurídico concebido como estático. Por sua vez, as normas terciárias seriam normas que não definem direitos e deveres, mas estabelecem procedimentos (ex.: procedimentos decisórios internos aos órgãos reguladores), guias de interpretação e aplicação de normas e instruções normativas. Esse tipo de norma poderia ser questionado como sendo norma secundária de adjudicação ou de reconhecimento [...] São normas próprias ao exercício de função normativa por órgãos especializados externos ao Poder Legislativo. A regulação administrativa, exercida por órgãos reguladores vinculados ao Poder Executivo, tem por base, com o aprofundamento da especialização de matérias reguladas, esse tipo de norma [...] Nos três casos, a complexidade de matérias e situações a serem reguladas decorrentes do fenômeno do moderno Estado regulador impõe a especialização e a ampliação do número de órgãos dotados de poder normativo.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, ao comentar a respeito do obstáculo representado pela reserva legal ao poder regulamentar das agências, assim conclui:

A solução, a meu ver, consiste em interpretar o poder regulamentar como uma forma de delegação inominada, com a função de estabelecer normas de implementação ou complementação de leis-quadro (lois cadre) que contenham princípios e diretrizes gerais. Não se trata aqui propriamente de uma delegação legislativa, pois não implica abdicação pelo legislador de sua competência. Simplesmente o uso de conceitos indeterminados pelo legislador confere uma margem de discricionariedade à agência na interpretação, aplicação e regulamentação complementar das leis às quais a agência se submete.²⁶⁰

Com referência ao desencontro da técnica legislativa com o princípio da reserva legal e suas consequências na prática da aplicação das leis ambientais, Krell considera que:

Com a exigência da fixação dos pontos materiais mais importantes do licenciamento ambiental no próprio texto das leis formais não se desconhece a tendência geral do moderno Estado intervencionista de transferir um volume cada vez maior de poderes de regulação normativa ao Executivo, especialmente quando se trata de assuntos de natureza preponderantemente técnica, que exigem respostas céleres e flexíveis por parte do poder estatal. Assim, a reserva da lei *formal* não se aplica com a mesma intensidade às “atividades de programação” de desenho institucional do poder estatal, e passa por uma “redefinição dos seus domínios”, transformando-se, em determinadas áreas, em uma reserva de *lei material* que permite a normatização de certos assuntos por regras de cunho administrativo, as quais, porém, podem apenas desonerar as leis formais de detalhes técnico-específicos, mas nunca substituí-las.²⁶¹

No que tange à atividade fiscalizadora, independentemente de sua classificação quanto à atividade regulada (seja a agência reguladora de serviço público – constituindo um dever inerente ao Poder Concedente – seja reguladora de exploração privada de monopólio ou bem público, sendo o fundamento da fiscalização de viés

²⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. In: **O poder normativo das agências reguladoras** (Alexandre Santos de Aragão – Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 281/282. Considera ainda o autor que o sentido moderno de legalidade vê na lei não tanto uma condição e um limite, mas um instrumento de exercício da atividade administrativa. Desse modo, o princípio da eficiência visa disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, tornando possível a legitimação dos atos administrativos por seu êxito em atingir os fins pretendidos por lei. Portanto, a validação do ato pelo princípio da eficiência tem estrutura finalística, e não condicional. p. 283/284.

²⁶¹ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais: [...]**, p.172 *apud* BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2003, p. 98 *et seq.* GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 2003, São Paulo: Imprensa, p. 174.

contratual ou seja, ainda, reguladora de atividade econômica privada, decorrente do poder de polícia exercido pela agência), todas as leis instituidoras têm como traço comum o desempenho de competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos existentes no seu âmbito de atuação.²⁶²

Em decorrência da competência fiscalizatória exercida pelas agências, compete a estas a aplicação de sanções decorrentes do descumprimento de preceitos sejam estas de cunho legal, regulamentar ou contratual, por parte dos agentes econômicos regulados.

Como quarta função delegada às agências, está o exercício da função arbitral ou quase-jurisdicional²⁶³, cuja proposta configura a criação de instância decisória na qual a entidade reguladora, como terceiro imparcial, componha os conflitos de interesses entre os setores envolvidos na atividade regulada, tendo relevante caráter prospectivo, de modo que apresente a solução que melhor concretize as políticas públicas cuja implementação cabe às referidas autarquias.

Em última análise, alguns focos de tensão referentes às atividades desempenhadas pelas agências reguladoras são apontados, destacando-se: 1) atividade normativa da agência e princípio da legalidade, na medida em que a edição de normas jurídicas em caráter primário se dá por meio de lei formal; 2) controle político e recurso hierárquico, na medida em que as leis de criação das agências não prevêem recurso administrativo hierárquico impróprio contra as decisões das agências²⁶⁴ e 3) dificuldade de legitimação²⁶⁵ por parte das agências, decorrente da alocação de porção de poderes do Estado em reguladores não eleitos. Aponta-se, ainda, a questão da captura das agências reguladoras pelos agentes regulados, consistente em uma relação

²⁶² ARAGÃO, Op. Cit., p. 317.

²⁶³ BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo [...]**, p. 258. De acordo com o autor, no exercício da função julgadora, cabe mencionar a possibilidade de adoção de arbitragem para a solução de conflitos, tendo em vista que reflete tendência atual de valorização da consensualidade das atividades do Poder Público.

²⁶⁴ As exceções a essa regra ocorreria em dois casos, quais sejam: a) flagrante descumprimento de políticas públicas pelo regulador, cabendo ao particular se socorrer via previsão constitucional expressa no art. 5º, XXXIV, o qual prevê o direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder e; b) quando no âmbito do órgão regulador, uma decisão seja tomada em caráter originário e definitiva pelo órgão máximo da agência, inviabilizando, por sua vez, recurso válido. Assim, haveria cabimento à invocação do devido processo legal, com fulcro no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

²⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**, p. 416/417. A Questão Da Legitimidade Dos Órgãos Reguladores. Crítica relativa à criação de “[...] entidades *sui generis*, que exercerão uma variedade de *poder normativo estatal*, ínsito no conceito de *regulação*, sem uma *investidura política democrática de seus agentes*, qua a tanto as intitule.”

próxima da indústria (setor regulado) e do órgão regulador, a fim de servir aos interesses dos regulados em detrimento do interesse público, comprometendo, portanto, a eficiência da regulação no respectivo setor.²⁶⁶

4.2 Distanciamento entre o SISNAMA e o novo Estado regulador

Conforme se depreende do exame da governança institucional ambiental considerada no Capítulo 2, e do modelo regulatório instituído com a criação das agências reguladoras, é possível identificar elementos que distanciam estes modelos institucionais, resultando, portanto, na falta de sincronia entre os respectivos marcos regulatórios.

Primeiramente, essa distinção pode ser atribuída ao momento histórico em que a estrutura foi implementada. Assim, como já abordado, a Lei da PNMA que implementou o SISNAMA foi editada em 1981, anterior, portanto, à Constituição de 1988 e à consequente previsão da atuação do Estado como agente regulador. Nesse período, conforme expõe Sérgio Guerra “[...] entre várias ações foram criadas, ou reestruturadas, no bojo do processo de desestatização, entidades reguladoras independentes [...], compondo, em parte, a chamada administração descentralizada ou indireta²⁶⁷, com vistas a substituir, em parte, “a perspectiva burocrática weberiana”²⁶⁸, até então implantada.

²⁶⁶ REISS, Doris R. “The Benefits of Capture”. University of California Hastings College of the Law. **Wake Forest Law Review**, v. 47, n. 2, 2012. “*Capture focuses on close connections between a regulator and the industry it regulates [...]*”, p. 578. Em livre tradução, no entanto, o artigo aponta benefícios da captura, na medida em que um efeito possível seria a motivação, por parte tanto da agência reguladora quanto do setor regulado, a sair de uma situação em que não há coopeação – a firma descumpra a lei, e a agência aplica seu poder punitivo – para uma situação em que os dois lados cooperassem, fazendo com que o regulado trabalhasse conforme os ditames da lei e os objetivos regulatórios, e o órgão regulador aplicasse as regras de forma mais flexível. “*There are some forms of capture that actually enhance social welfare and are efficient. For example, one possible effect of capture is that it motivates the agency and the industry to move from a situation in which neither cooperates – a firm evades the law and the agency behaves in a punitive manner – to one where both cooperate – the firm obeys the spirit of the law and works to achieve the regulatory goal, and the agency moves to flexible enforcement [...]*”. p. 582.

²⁶⁷ GUERRA, Sérgio. A Regulação Ambiental no Brasil deve ser exercida por entidades independentes? In: SAMPAIO, Rômulo S.R.; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio (Org.). **Tópicos de direito ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 137-158.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 142.

Em seguida, convém destacar a distinção existente entre o plexo de atividades abarcadas por cada modelo. Nesse sentido, enquanto as agências reguladoras concentram as atividades normativa, fiscalizatória e punitiva na esfera ambiental, as funções são divididas em diferentes órgãos. Assim, em um cenário anterior à implementação de administração pública gerencial, composta por agências reguladoras independentes, as funções normativas das questões afetas ao meio ambiente competem ao CONAMA (órgão com representação multidisciplinar, composto por representantes do governo, sociedade civil e Ministério Público). No que tange às funções executivas, inerentes ao poder de polícia ambiental, estas estão afetas ao IBAMA, no âmbito federal, e aos órgãos licenciadores estaduais, na esfera estadual.

Na contramão do que se objetivava com a concentração dessas funções regulatórias no CONAMA e no IBAMA (ou seja, a bipartição entre normatização e execução da regulação, respectivamente), houve relevante fragmentação institucional na área ambiental entre órgãos e autarquias de níveis distintos da Federação, tornando a organização administrativa extremamente complexa. Como ressalta Rômulo da Rocha Sampaio:

Essa fragmentação foi proporcional ao aumento do conhecimento científico e da complexidade decorrente do maior nível de informação. Para cada novo assunto, para cada nova ameaça ao ambiente apontada pela ciência o modelo de governança ambiental brasileiro foi acrescentando mais um colegiado, mais uma autarquia. O resultado está refletido em uma complexa rede de entidades dedicadas à proteção dos bens, recursos e serviços ambientais, nas três esferas de poder [...].²⁶⁹

Infere-se, portanto, que o modelo ambiental regulatório ficou restrito à estrutura institucional da época em que foi implementado, não se ajustando ao novo paradigma trazido com o Estado regulador e à posterior criação das agências reguladoras independentes.

Em consonância com tal assertiva, o relatório-síntese do Banco Mundial, referente ao licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil, assim descreve esse descompasso entre os modelos institucionais:

²⁶⁹ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Regulação Ambiental In: GUERRA, Sergio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Org.: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p.324.

O licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil é percebido como um grande obstáculo, resultando em atrasos no desenvolvimento dos empreendimentos. Essa condição resulta da parcial falta de sincronia entre os marcos regulatórios dos setores ambiental e elétrico. Na esfera do setor ambiental, as regras do licenciamento ambiental mantêm-se fundamentalmente inalteradas desde suas origens e os órgãos ambientais ainda não alcançaram um significativo aumento de capacidade institucional. Já no setor elétrico, houve profunda transformação nos últimos 10 anos, mas suas regras ainda não estão sedimentadas. O sistema centralizado, monopolizado e controlado pelo governo vem dando lugar a outro, internacionalmente aceito, que promove a regulação, a concorrência e uma maior participação do setor privado.²⁷⁰

Tendo em vista a nova modelagem institucional advinda da implementação do Estado regulador, bem como a consequente urgência na modernização do sistema institucional ambiental, não se pretende afirmar que necessariamente haveria cabimento a criação de uma agência reguladora ambiental²⁷¹ nos moldes das agências reguladoras independentes.

No entanto, considerando a análise empreendida ao longo do presente trabalho, especialmente no que se refere às fragilidades institucionais dos órgãos que compõem o SISNAMA, bem como às fragilidades dos instrumentos de política ambiental, a solução para uma regulação mais eficiente não poderia escapar de uma reforma do modelo institucional.

Diante dessa assertiva, no sentido de que o melhor caminho para conferir maior efetividade ao licenciamento ambiental consistiria na implementação de medidas que alterassem o modelo institucional, estas alterações necessariamente passariam pelo CONAMA e pelo IBAMA (órgãos normativo e executivo do SISNAMA, respectivamente).

²⁷⁰ BANCO MUNDIAL. **Licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil: uma contribuição para o debate**. Relatório-síntese. 2008, p. 11. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139278/Relat%C3%B3rio+Principal+\(PDF\)/8d530adb-063f-4478-9b0d-2b0fbb9ff33b;jsessionid=F0198597D8CCABE80B0C020FE40E97A7.srv155](http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139278/Relat%C3%B3rio+Principal+(PDF)/8d530adb-063f-4478-9b0d-2b0fbb9ff33b;jsessionid=F0198597D8CCABE80B0C020FE40E97A7.srv155)>. Acesso em: 20 maio 2016.

²⁷¹ O Professor Sérgio Guerra, no artigo “A regulação ambiental no Brasil deve ser exercida por entidades independentes?” argumentou que: “[...] é justo concluir que nosso sistema constitucional dificulta a criação de uma única agência reguladora (a exemplo do que ocorre na área de telecomunicações, aviação civil etc.) diante da competência comum dos entes federados em matéria ambiental.”. In: SAMPAIO, Rômulo S.R.; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio (Org.). **Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. p. 156. Cumpre ressaltar, no entanto, que o referido artigo foi escrito antes do advento da Lei Complementar 140/2011; ainda assim entende-se pertinente tal posicionamento.

Assim, entre as medidas necessárias, no que tange ao CONAMA, estaria a necessidade de maior qualificação na composição do Conselho, dando maior ênfase ao conhecimento técnico em detrimento do viés político de seus participantes. A mudança também passaria pelo aspecto quantitativo²⁷², de forma que a redução do número de componentes teria o condão de proporcionar maior efetividade nas deliberações de sua esfera de competência.

No âmbito do IBAMA, ainda que este Instituto tenha natureza jurídica de autarquia federal de direito público, com autonomia administrativa e financeira (Lei nº 11.516 de 2007), e tenha sido pautado pela concentração de temas e pautas anteriormente fragmentadas em órgãos distintos, há necessidade de maior adequação ao modelo regulatório das agências, especialmente no tocante à sua autonomia (tendo em vista a pressão política constantemente sofrida pelo Instituto, especialmente nos licenciamentos federais de empreendimentos estratégicos para o país).

Nesse sentido, um regime jurídico que conferisse maior autonomia a essa autarquia, de modo a atribuir: a) independência política de seus dirigentes, com conferência de mandato a termo, provendo-lhes estabilidade em seus cargos e vedação de exoneração *ad nutum*; e b) independência técnica decisional, com predomínio de decisões politicamente neutras (a fim de evitar também a captura pelo setor regulado), lastreadas em subsídios técnicos e vedação a recurso hierárquico impróprio dirigido ao órgão central da Administração Direta (MMA) – conferiria ao Instituto relevante efetividade regulatória.²⁷³

²⁷² Para ter uma ideia da quantidade de órgãos colegiados no setor ambiental, de acordo com o Decreto 8.975/2017, que regulamenta estrutura do Ministério do Meio Ambiente, são dez o número de órgãos referentes a competências específicas:

III - órgãos colegiados:

- a) Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA;
- b) Conselho Nacional da Amazônia Legal - CONAMAZ;
- c) Conselho Nacional de Recursos Hídricos - CNRH;
- d) Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente;
- e) Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGen;
- f) Comissão de Gestão de Florestas Públicas - CGFLOP;
- g) Comissão Nacional de Florestas - CONAFLOR;
- h) Comitê Gestor do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima;
- i) Comissão Nacional de Combate à Desertificação - CNCD; e
- j) Comitê Gestor do Fundo Nacional para Repartição de Benefícios – FNRB.

²⁷³ Sérgio Guerra, na obra **Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade [...]**, também enumera, entre os requisitos para autonomia dos órgãos, a independência normativa, assegurando o emprego da regulação como principal instrumento padronizador de sua ação setorial. p. 418.

Além das mudanças de cunho institucional propostas, a consolidação de uma estrutura institucional regulatória ambiental eficiente no âmbito nacional requer ainda o fortalecimento dos instrumentos da PNMA, conforme já considerado no Capítulo 2 do presente trabalho. Outros fatores centrais referem-se à modificação das práticas de planejamento setorial e de investimento na capacidade das instituições, bem como ao acesso à informação e intervenção dos demais entes federativos e dos órgãos não integrantes do SISNAMA.²⁷⁴ (Conforme exposto no Capítulo 3 desta dissertação).

Não obstante as considerações mencionadas relativas às mudanças estruturais necessárias, o ponto central de discussão em matéria ambiental não visa à alteração da estrutura institucional, tampouco faz frente às fragilidades dos instrumentos da PNMA. Com efeito, a busca na efetividade da regulação ambiental no Brasil está invariavelmente ligada à alteração de um único instrumento, qual seja, o licenciamento ambiental.

Assim, o licenciamento ambiental passa a ser interpretado como obstáculo burocrático a ser solucionado via adoção de medidas que visam enfraquecê-lo. A resposta jurídica à problemática mencionada é constituída via formulação de propostas normativas de alteração da regulamentação existente.

Como será abordado no capítulo subsequente, as propostas que visam à alteração da atual regulamentação do licenciamento, independentemente do ambiente institucional de discussão (Congresso Nacional e CONAMA), têm como traço comum a agilização do procedimento licenciatório, sem necessariamente observar os trâmites adequados para a melhor regulamentação do instrumento.

²⁷⁴ SILVA, Nilvo Luiz Alves da. **Elementos centrais para a regulamentação do licenciamento**, p. 95.

5 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO

Conforme ressaltado ao final do Capítulo anterior, a regulação ambiental no Brasil, na contramão de rever as fragilidades institucionais e instrumentais implementadas com a edição da Lei da PNMA, tem dado maior ênfase à alteração do instrumento licenciatório, em vista de sua falta de efetividade.

A alteração regulatória pretendida para o setor consiste, portanto, em alterar as regras do licenciamento ambiental. Com efeito, dentre os aspectos comuns entre as propostas, o principal foco é a agilização do processo de licenciamento ambiental.

Nessa perspectiva, cabe tecer algumas considerações sobre as propostas mais debatidas recentemente, antes da análise específica do Projeto de Lei Geral do Licenciamento, a seguir apresentado.

5.1 Proposta de Emenda Constitucional nº 65 de 2012

No âmbito do Senado Federal, foi apresentada no ano de 2012 a Proposta de Emenda Constitucional nº 65, para acrescentar o § 7º ao artigo 225²⁷⁵ da Constituição,

²⁷⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

[...]

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

com o objetivo de “assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental”.

A justificativa da Proposta²⁷⁶ reside na interrupção de obras por força de decisões judiciais, acarretando prejuízos ao erário e a serviços públicos fundamentais. O fundamento expresso consistiria na afirmação dos princípios da eficiência e da economicidade da administração pública.²⁷⁷

Eventual aprovação da PEC 65 faria com que o artigo 225 da Constituição assim passasse a dispor:

Art. 225. [...]

§ 7º A apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.

A proposta inova ao atribuir à mera apresentação do estudo de impacto ambiental (EIA) o efeito autorizador para a execução da obra. Cabe frisar que a norma parece buscar afastar até mesmo a exigência de prévia análise, discussão e aprovação dos estudos ambientais com a concessão da competente licença ambiental, suprimindo, assim, as competências conferidas ao órgão licenciador.

De igual sorte, a vedação constitucional à suspensão ou ao cancelamento da autorização para execução da obra advinda da mera apresentação do EIA, redundaria em um só ato, consistente no afastamento do acesso à justiça²⁷⁸, assim como na

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

²⁷⁶ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaotexto?id=120446>>. Acesso em: 13.05.2016.

²⁷⁷ Parecer nº 469, de 2016. Senador Blairo Maggi. Aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal em 27.04.2016. Publicado no Diário Oficial do Senado em 29.04.2016, fls. 59-64. “A proposta tem por objetivo garantir a celeridade e a economia de recursos em obras públicas sujeitas ao licenciamento ambiental, ao impossibilitar a suspensão ou cancelamento de sua execução após a concessão da licença, senão em face de fatos novos, supervenientes à situação.”

²⁷⁸ Audiência pública “Licenciamento ambiental ameaçado”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/audiencia-debate-pec-que-ameaca-extinguir-licenciamento-ambiental-1>>. Acesso em: 22 maio 2017.

atribuição de presunção absoluta de legalidade e legitimidade do EIA, ainda que apresentado por particular.²⁷⁹

A PEC 65 segue²⁸⁰ em tramitação no Senado Federal, tendo sido aprovado em 19.05.2016 requerimento de tramitação conjunta com a Proposta de Emenda Constitucional nº 153, de 2015 (PEC 135).²⁸¹

5.2 Projeto de Lei do Senado nº 654 de 2015

Outra proposta normativa de relevância para a presente análise refere-se ao Projeto de Lei do Senado (PLS) 654/2015, de autoria do Senador Romero Jucá, o qual dispõe sobre o procedimento de licenciamento ambiental especial para empreendimentos de infraestrutura considerados estratégicos e de interesse nacional.

Com efeito, em agosto de 2015, o então Presidente do Congresso Nacional Renan Calheiros apresentou uma agenda com medidas cujo pressuposto seria a retomada do crescimento econômico do país²⁸², com aplicação de reformas que supostamente desburocratizassem o sistema, por meio da chamada “Agenda Brasil”²⁸³.

²⁷⁹ Da leitura do texto da PEC 65, evidencia-se que o constituinte reformador não restringe a incidência da norma às obras públicas. Assim, mesmo obras privadas, alheias ao interesse ou princípios da administração pública se veriam beneficiadas por tal guarida constitucional.

²⁸⁰ COMISSÃO de CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA e CIDADANIA. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>. Acesso em: 13 maio 2017.

²⁸¹ Altera a Constituição Federal para estabelecer que para efetivar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público promover práticas e adotar critérios de sustentabilidade, em seus planos, programas, projetos e processos de trabalho, bem como na aquisição de bens e contratação de serviços e obras.

²⁸² Cumpre destacar, nesse cenário, ocorrências como o notável descontrole dos gastos públicos a partir de 2009, além de aspectos como a deterioração das contas públicas, a inflação elevada e a desaceleração da atividade econômica representando constante ameaça ao desenvolvimento do país. Adicionalmente, houve considerável piora do cenário de investimento, com a deterioração do ambiente regulatório e a perda da competitividade externa brasileira. Vide ALMEIDA JÚNIOR, Monsueto; LISBOA, Marcos de Barros; PESSOA, Samuel. **O Ajuste Inevitável**. Julho de 2015. Disponível em:

<https://mansueto.files.wordpress.com/2015/07/o-ajuste-inevitc3a1vel-vf_2.pdf> e CARRASCO, Vinicius, DE MELLO, João M.P. e DURTE, Isabela. **A Década Perdida: 2003-2012**. Disponível em <http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/td626.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

²⁸³ AGENDA BRASIL. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/10/a-agenda-brasil-sugerida-por-renan-calheiros>>. Acesso em: 25 jul. 2016. Por ocasião da apresentação do PL 654 a crise econômica que afeta o Brasil foi apresentada como justificativa para a adoção de medidas de desburocratização: “A crise econômica que afeta o Brasil não possui precedentes. Desde as tensões que datam de 2008, estendidas e agravadas até o presente. Para o Senado Federal não seria

O autor do PL refere-se ao licenciamento ambiental como “[...] o vilão do atraso dos investimentos que tanto necessita o País”²⁸⁴. Não obstante, também atribui a morosidade do licenciamento ambiental a inúmeros fatores, dentre os quais indica a sobreposição de atuações de órgãos, a paralisação do licenciamento em decorrência de decisões judiciais, a falta de técnicos para analisarem estudos ambientais e a complexidade inerente ao processo de licenciamento ambiental, composto em regra de três licenças distintas.

A proposta traz por justificativa a busca de eficiência do licenciamento ambiental para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, por intermédio de empreendimentos de infraestrutura estratégicos.

Com referência às principais inovações propostas pelo Projeto de Lei, o “licenciamento ambiental especial” seguiria rito uno, orientado pelos princípios de celeridade, cooperação, economicidade e eficiência. Tal procedimento compreenderia sete etapas, contemplando licença única, qual seja, a licença ambiental integrada (artigos 3º e 4º do PL).

Com vistas a proporcionar celeridade ao procedimento, são estabelecidos prazos-limite para cada fase do rito do licenciamento ambiental especial, conforme previsto no artigo 5º do PL²⁸⁵. Ocorre que, diante da leitura do dispositivo, é flagrante

diferente: a casa legislativa deve ser protagonista no aperfeiçoamento do arcabouço legal e institucional que rege os investimentos e o desenvolvimento sustentável do País. Esse é o escopo da Agenda Brasil”. SENADO FEDERAL. Justificação do Projeto de Lei 654 de 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/b1453/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-44748.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Art. 5º Para fins de cumprimento das etapas do licenciamento ambiental especial, observar-se-ão os seguintes prazos limite até:

I – 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;

II – 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;

III – 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;

IV – 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;

V – 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;

o curto prazo para cumprimento das etapas do licenciamento ambiental especial, totalizando no máximo oito meses para empreendimentos de significativo impacto, o que inviabilizaria, desta forma, uma análise mais aprofundada dos impactos inerentes à implementação do empreendimento.²⁸⁶

Somado a isso, o PL também sofre críticas, na medida em que reduz significativamente o papel dos órgãos intervenientes²⁸⁷, aqueles que, não integrando o SISNAMA, vinculam-se com o bem ou área afetados pela atividade ou obra e/ou, em razão da população vulnerável afetada pelo empreendimento.²⁸⁸

Em parecer jurídico sobre o Projeto de Lei, o Ministério Público Federal ressalta que no tocante aos prazos previstos para o licenciamento ambiental, estabelecidos na referida proposta normativa, estes “[...] levam em consideração apenas a necessidade de se tornar mais célere o desenvolvimento da atividade econômica objeto do licenciamento, sem se preocupar com a própria essência do

VI – 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.

§ 1º A definição do comitê específico pelo órgão licenciador não obsta que qualquer órgão ou ente público manifeste interesse em sua participação, mediante requerimento fundamentado ao órgão licenciador, em prazo de até 5 (cinco) dias após a publicação prevista no inciso I, que será apreciado em até 5 (cinco) dias pelo órgão licenciador.

§ 2º O empreendedor publicará o requerimento de licenciamento referente ao inciso III do art. 4º.

§ 3º O descumprimento de prazos pelos órgãos notificados implicará sua aquiescência ao processo de licenciamento ambiental especial.

²⁸⁶ Crítica do Professor e Jurista Paulo Afonso Leme Machado sobre o PL 654/2015, no sentido de que ao conceder uma fiança ambiental sem examinar a fundo uma empresa, estar-se-á configurando uma hipoteca sobre a civilização. Discorre o jurista: “Aprovar Projeto de Lei 654/2015 é hipotecar o futuro das gerações sem garantias ambientais verificadas...” **Ata de Audiência Pública do MPF sobre Licenciamento Ambiental, realizada em 08 de março de 2016**. Disponível em: <https://am37.files.wordpress.com/2016/04/ataaudienciapublica-licenciamentoambiental-08_03.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

²⁸⁷ Art. 5º, § 3º, o qual estabelece que o descumprimento de prazos por estes órgãos notificados implicará em sua aquiescência ao processo de licenciamento ambiental especial.

²⁸⁸ De acordo com a Manifestação da Associação Brasileira de Avaliação de Impacto – ABAI a respeito do Projeto de Lei, este “[...] limita a atuação desses órgãos à emissão de certidões cartoriais em prazos exíguos, muitas vezes incompatíveis com a própria natureza dos impactos que deviam avaliar.” Consequentemente, tal situação levaria a um cenário ainda mais grave; desta forma, caso os órgãos intervenientes não se manifestem dentro desse prazo, o silêncio, conforme já ressaltado, implicará sua aquiescência. Dentro desse contexto, destaca-se ainda a ausência de recursos humanos e financeiros aos órgãos intervenientes em questão, para que estes possam desempenhar seus deveres institucionais. Vide: Manifestação da Associação Brasileira de Avaliação de Impacto – ABAI, no trâmite do PL 654/2015, no Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>>. Acesso em: 13 maio 2016.

licenciamento, que é tornar ambientalmente viável o desenvolvimento da atividade”.²⁸⁹

A Associação Brasileira de Avaliação de Impacto – ABAI, corroborando tal posicionamento via Ofício²⁹⁰ dirigido ao Senador Renan Calheiros, acerca das fragilidades e efeitos negativos do Projeto de Lei 654/2015, considera que:

Devido à significância e diversidade de impactos que geram, os empreendimentos de infraestrutura devem ser aqueles sobre os quais o poder Público deve conferir maior controle e prevenção; não o contrário, como pretende o PLS. Sendo o licenciamento ambiental o principal instrumento de prevenção de danos e desastres ambientais da Política Nacional de Meio Ambiente, eliminá-lo quase que totalmente, como o faz o PLS, significa expor a sociedade a maiores riscos de desastres, bem como gerar insegurança jurídica para o empreendedor.

Outro aspecto extremamente criticado na elaboração do Projeto de Lei é a falta de previsão quanto à realização de audiências públicas nas áreas de influência direta e indireta, instituindo, em substituição, o Programa de Comunicação Ambiental²⁹¹, como garantia de prestação de informações referentes ao licenciamento ambiental especial à sociedade.

Com relação ao tema participação pública, adverte Nilvo Silva que:

O PL 654/2015 propõe diversos retrocessos graves e, em particular ao tema aqui referido, sequer prevê a realização de audiências públicas para empreendimentos com significativo impacto ambiental, com patente inconstitucionalidade.²⁹²

O citado PL, ao atribuir níveis mínimos de controle e prevenção na implementação de empreendimentos causadores de significativos ambientais, que

²⁸⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 4ª Câmara de Coordenação e Revisão. Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. Parecer Jurídico N. 4 – 4a CCR referente ao Projeto de Lei n. 654/2015.

²⁹⁰ ABAI. Ofício 07.12.15. Assunto: Fragilidades e efeitos negativos do PLS 654/2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>>. Acesso em: 13 maio 2016.

²⁹¹ Art. 11. Para fins de cumprimento da Lei no 10.650, de 16 de abril de 2003, será garantida a prestação de informações ambientais à sociedade referentes ao processo de licenciamento ambiental especial por meio do Programa de Comunicação Ambiental.

²⁹² SILVA, Nilvo Luiz Alves; CAPELLI, Sílvia. **Elementos Centrais para a regulamentação federal do licenciamento**, p. 89.

seriam licenciados em rito sumário, potencializa insegurança jurídica no que se refere à respectiva licença ambiental expedida.²⁹³

A premissa que se apresenta diante da questão supramencionada baseia-se na dinâmica pela qual, se eliminadas fases do procedimento licenciatório, estariam eliminados, à reboque, os problemas enfrentados pelo empreendedor do projeto a ser licenciado. Nesse aspecto, conforme destacado em audiência pública conduzida pelo Ministério Público Federal, foi considerado que:

Eliminar fases do licenciamento significa ampliar conflitos, ampliar impactos socioambientais não contemplados e não prevenidos ou mitigados, bem como significa ampliar ações judiciais, manifestações contra o empreendimento, não nos parecendo que mesmo para as indústrias o PL em tela não atende aquilo que se propõe.²⁹⁴

O Projeto tramita no Congresso Nacional, encontrando-se apto à deliberação no Plenário do Senado²⁹⁵, desde 15 de fevereiro de 2017.

5.3 Projeto de Resolução CONAMA (02000.001845/2015-32)

Outra proposta normativa de relevância refere-se ao Projeto de Resolução²⁹⁶ CONAMA que dispõe sobre critérios e diretrizes gerais para o licenciamento ambiental e disciplina suas modalidades, seus estudos ambientais, bem como seus procedimentos.

A proposta foi apresentada ao Ministério do Meio Ambiente (MMA) pela Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente (ABEMA), com

²⁹³ Vide Manifestação da Associação Brasileira de Avaliação de Impacto – ABAI, no trâmite do PL 654/2015 no Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>>. Acesso em: 13 maio 2016.

²⁹⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Ata de Audiência Pública sobre Licenciamento Ambiental, realizado em 08.03.2016. Procuradoria regional da República da 3ª região. Maurício Guetta, representando o Instituto Sócio Ambiental - ISA. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/noticias-r3/audiencia-publica-debate-flexibilizacao-em-licenciamento-ambiental-1>>. Acesso em: 01 maio 2016.

²⁹⁵ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>>. Acesso em: 13 maio 2017.

²⁹⁶ Processo nº 02000.001845/2015-32. Minuta de Resolução Conama que dispõe sobre critérios e diretrizes gerais para o licenciamento ambiental. De 11.12.2015.

vistas à revisão das Resoluções CONAMA nº 001/86 e 237/97, a fim de promover o aperfeiçoamento do modelo de licenciamento ambiental, dada a sua burocratização.²⁹⁷

A justificativa apresentada relata a existência de um sistema de licenciamento anacrônico, desprovido de uniformidade e voltado para análises processuais, em detrimento do monitoramento e real avaliação do impacto ambiental. Afirma a ABEMA haver um ambiente de insegurança jurídica, representando os problemas do licenciamento ambiental em: a) falta de clareza sobre os aspectos a serem avaliados; b) excesso de discricionariedade dos agentes públicos responsáveis; c) crescente interferência de órgãos intervenientes no processo; d) ritos processuais inadequados às características dos diferentes empreendimentos; e) estabelecimento de condicionantes que extrapolam a análise de impacto ambiental, e; d) ausência de mecanismos de incentivos às boas práticas e às iniciativas voluntárias voltadas para a boa gestão ambiental.

Com esse objetivo, a Associação propõe uma revisão do modelo de licenciamento ambiental fundado em quatro eixos principais: 1) novas tipologias de licenças ambientais; 2) prévio enquadramento da atividade ou empreendimento conforme critérios de localização, porte, potencial poluidor e natureza; 3) regulamentação das modalidades de estudos de avaliação de impacto ambiental; e 4) criação de base de dados e de informações ambientais para publicidade e controle social.

A tramitação da Proposta²⁹⁸ foi prorrogada em razão da necessidade de o Grupo de Trabalho concluir a análise de todo o texto do ato normativo em comento.

Diante do exame das propostas supramencionadas, é possível enumerar alguns pontos comuns, quais sejam: a) prazos exíguos para análise técnica de alta complexidade; b) supressão de etapas do licenciamento ambiental; c) criação de modalidades especiais (exceção da PEC); d) dispensa de estudos técnicos; e) redução

²⁹⁷ “[...] ainda que o controle ambiental seja uma conquista importante da sociedade, que reforça o papel regulador do Estado e de proteção da qualidade ambiental, o licenciamento burocratizou-se e tem sido visto, por muitos setores, ou como um mero entrave ao desenvolvimento econômico ou insuficiente para garantir qualidade ambiental”. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/1C237C1B/Minuta.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2016.

²⁹⁸ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processo.cfm?processo=02000.001845/2015-32>>. Acesso em: 22 maio 2017.

da participação da sociedade civil; f) limitação da atuação dos órgãos intervenientes. Apontam-se também outras críticas, como o incremento da discricionariedade do órgão licenciador e o trâmite legislativo abreviado (em especial do PL 654 de 2015).

Considerando a necessidade do recorte dentre as propostas normativas de alteração do instrumento licenciatório, ganha relevância o Substitutivo ao Projeto de Lei 3729/2004²⁹⁹, apresentado em 08.06.2004, que institui a Lei Geral do Licenciamento Ambiental e regulamentando o inciso IV do §1º do art. 225 da Constituição Federal. O recorte da análise tendo como foco o citado PL é justificado pela necessidade de base normativa consistente ao licenciamento ambiental, em razão da importância deste instrumento no âmbito da Política Nacional de Meio Ambiente.³⁰⁰

Em última análise, impende ressaltar que o exame da proposta normativa se fará à luz das fragilidades do licenciamento ambiental apontadas na dissertação, destacando-se o descompasso entre as políticas setoriais e a PNMA, bem como a ausência de comandos normativos de ordem material e o consequente excesso de discricionariedade por parte do órgão licenciador; a participação pública insatisfatória; e a questão da interveniência dos órgãos internos e externos ao SISNAMA.

5.4 O Substitutivo ao Projeto de Lei 3.729 de 2004.

O Projeto de Lei 3729/2004³⁰¹ foi apresentado em 08.06.2004 pelo Deputado Luciano Zica (PT/SP), e outros³⁰², dispondo sobre o licenciamento ambiental e regulamentando o inciso IV do §1º do art. 225 da Constituição Federal, pelo qual se

²⁹⁹ Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>. Acesso em: 05 maio 2017.

³⁰⁰ Em parecer do Gabinete da Presidência do Ibama, se afirmou que “[...] o licenciamento ambiental precisa ser disciplinado por normas gerais de aplicação nacional, que garantam segurança técnica e jurídica para a aplicação do licenciamento prévio perante os órgãos ambientais competentes do Sisnama”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Parecer 02001.000813/2017-71 Gabinete da Presidência/IBAMA.

³⁰¹ Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>. Acesso em: 05 maio 2017.

³⁰² Walter Pinheiro (PT/BA), Zezéu Ribeiro (PT/BA), entre outros.

exige, na forma da lei, o estudo prévio de impacto ambiental, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Tendo em vista o ano da apresentação do Projeto (2004), passaram-se mais de doze anos de trâmite na Câmara dos Deputados, sendo apensados ao PL outros projetos que tratavam do mesmo tema, bem como projetos relativos a matérias análogas.³⁰³

Ressalte-se que, nesse período, houve intenso debate³⁰⁴, a fim de que a futura regulação do instrumento fosse capaz de equacionar a relação dicotômica entre, de uma ponta, empreendedores que demandam maior celeridade e previsibilidade do procedimento, no propósito de proporcionar maior segurança jurídica; e, de outra ponta, órgãos ambientais, sociedade civil e outros atores clamando por uma legislação que estabeleça o desenvolvimento econômico de forma participativa e comprometida com a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com relação ao trâmite do PL, posteriormente ao seu retorno para a Comissão de Meio Ambiente, o deputado Ricardo Tripoli (PSDB/SP) assumiu a relatoria e aprovou parecer pela aprovação de uma série de Projetos de Lei³⁰⁵, na forma de um Substitutivo.

Desse modo, a análise pretendida no presente trabalho trata do referido Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.729, de 2004.³⁰⁶

A análise do Substitutivo tem como norte o estabelecimento de uma legislação que proporcione maior efetividade ao instrumento licenciatório, bem como maior segurança jurídica às partes envolvidas no procedimento. Com base em tal

³⁰³Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=352792>>. Acesso em: 03 maio 2017.

³⁰⁴ Vide propostas de alteração do licenciamento ambiental anteriormente citadas.

³⁰⁵ Projetos de Lei nºs 3.729/2004; 957/2004; 5.435/2005; 1.147/2007; 358/2011; 1.700/2011; 5.716/2013; 5.918/2013; 6.908/2013; 8.062/2014; e 1.546/2015.

³⁰⁶ Em razão das constantes alterações do Substitutivo do PL em comento, o documento analisado no presente trabalho refere-se à versão de 27 de abril de 2017, apensada ao Relatório do Deputado Mauro Pereira (PMDB/RS) para a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550668&filename=Parecer-CFT-27-04-2017>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

assertiva, a Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente – ABEMA, assim se pronunciou a respeito do Substitutivo ao PL em comento:

A lei geral do licenciamento ambiental que o país precisa deve consolidar a atuação do órgão licenciador, propiciar segurança jurídica, tornar os processos harmônicos e providos de razoabilidade e eficiência, produzindo ambiente estável aos agentes públicos envolvidos, mas sobretudo assegurar que as atividades e empreendimentos se desenvolvam orientados pelo uso sustentável dos recursos naturais e pela manutenção da qualidade de vida.³⁰⁷

Feitas as considerações iniciais a respeito da proposta normativa objeto de análise do presente trabalho, passa-se a apreciar não todos os artigos da proposta, mas os principais pontos do Substitutivo que subsidiem o exame quanto à maior efetividade do instrumento licenciatório.

Em linhas gerais, o Substitutivo proposto apresenta a seguinte estrutura:³⁰⁸

1. Capítulo I - Disposições Preliminares (arts. 1º e 2º)
2. Capítulo II – Seção 1 - Disposições Gerais sobre o Licenciamento Ambiental (arts. 3º ao 11)
3. Seção 2 - Dos Procedimentos de Licenciamento Ambiental (arts. 12 ao 16)
4. Seção 3 - Do Licenciamento Ambiental Corretivo (art. 17)
5. Seção 3 - Do EIA e demais Estudos Ambientais (arts. 18 ao 23)
6. Seção 4 - Da Disponibilização de Informações ao Público (arts. 24 ao 26)
7. Seção 5 - Da Participação Pública (art. 27)
8. Seção 6 - Da Participação das Autoridades Envolvidas (arts. 28 ao 30)
9. Seção 7 - Dos Prazos Administrativos (arts. 31 ao 35)
10. Seção 9 - Das Despesas do Licenciamento Ambiental (art. 36)
11. Capítulo III - Da Avaliação Ambiental Estratégica (arts. 37 e 38)
12. Capítulo IV – Solução de Controvérsias (art. 39)
13. Capítulo V – Da Transferência de Responsabilidade sobre a Execução de Medidas compensatórias e mitigadoras (art. 40)
14. Disposições complementares e finais. (arts. 41 ao 50).

O artigo 1º do Substitutivo ao PL estabelece que:

³⁰⁷ Carta da ABEMA sobre a Lei Geral do Licenciamento de 02.05.2017. É ressaltada no documento a convergência de posições em questões relevantes, dentre estas a autonomia dos estados e o equilíbrio federativo; a exclusão de conceitos e critérios subjetivos; a exclusão de sobreposição de competências, estabelecendo que o processo de licenciamento seja previsível, ágil, desburocratizado, com análise técnica isenta e prazos de validade das licenças uniformes. Foi destacada também a importância na manutenção do disposto na LC 140 quanto aos critérios de porte e localização para os empreendimentos e atividades, excluindo definitivamente o grau de relevância ambiental e a matriz baseada no potencial de degradação ambiental. Disponível em: <<http://www.abema.org.br/site2017/lei-geral-de-licenciamento-ambiental/>>. Acesso em: 03 maio 2017.

³⁰⁸ Cumpre registrar que a numeração das Seções na versão em análise contém erros de repetição.

Art. 1º - Esta Lei, denominada Lei Geral do Licenciamento Ambiental, estabelece normas gerais para o licenciamento de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação do meio ambiente, previsto no art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 e agosto de 1981, e institui a avaliação ambiental estratégica (AAE).

Vislumbra-se, diante da previsão contida no artigo 1º, *caput* do Substitutivo, que a Lei pretende limitar-se aos aspectos gerais do licenciamento. Nesse sentido, a previsão está em consonância com a regra estabelecida na Carta Constitucional de 1988, ao prever, no artigo 24, §1º, que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Merece destaque também a instituição da avaliação ambiental estratégica (AAE), que, como já abordado neste trabalho, constitui instrumento de planejamento ambiental, inerente à escolha ou decisão embasada pela formulação de uma política de governo que leve em consideração, quando da implantação de programa ou projeto de desenvolvimento, as variáveis políticas econômicas e sociais.³⁰⁹

O Substitutivo ao PL assim define a AAE:³¹⁰

[...] avaliação ambiental estratégica (AAE): instrumento de apoio à tomada de decisão, que subsidia opções estratégicas de longo prazo, promove e facilita a integração dos aspectos ambientais com os aspectos socioeconômicos, territoriais e políticos nos processos de planejamento e formulação de políticas, planos e programas governamentais.

O artigo 37 do Substitutivo ao PL dispõe que a AAE tem por objetivo identificar “[...] as consequências, conflitos e oportunidades de propostas de políticas, planos e programas governamentais, considerando os aspectos ambientais, e assegurar a interação entre políticas setoriais, territoriais e de sustentabilidade ambiental no processo de tomada de decisão [...]”. Cabe frisar ainda a previsão contida no artigo 38, a qual estabelece que a realização da AAE não exime a responsabilidade de submeter as atividades ou empreendimentos integrantes das políticas, dos planos ou programas ao licenciamento ambiental.

³⁰⁹ Atualmente, diante da imprevisibilidade legal do instrumento, a AAE é aceita como instrumento técnico pelos órgãos responsáveis pelo licenciamento ambiental.

³¹⁰ Artigo 2º, V.

Diante do exposto, com referência ao primeiro obstáculo à efetividade do instrumento licenciatório apontado neste estudo, qual seja, a inexistência de articulação e integração entre políticas setoriais e a PNMA, o PL parece caminhar bem ao prever a AAE. Dessa forma, havendo de fato um planejamento integrado apto a considerar as demandas de infraestrutura do país e, ao mesmo tempo, identificar e propor soluções para mitigar os impactos decorrentes da implementação de tais atividades, não haveria o deslocamento desta problemática para o processo de licenciamento ambiental.

A implementação da AAE, nesse aspecto, proporciona uma visão sistêmica dos investimentos em infraestrutura e dos impactos advindos de sua instituição.

Cabe notar, no entanto, que apesar de o PL se propor a tratar de lei geral, não há menção aos princípios que informam o licenciamento ambiental, como o Princípio da Prevenção, relativos aos impactos ambientais já conhecidos. Com base nesse princípio, tanto o licenciamento quanto os estudos de impacto ambiental “[...] podem ser realizados e são solicitados pelas autoridades públicas”.³¹¹

O § 1º, inciso I informa que as disposições dessa Lei aplicam-se ao licenciamento ambiental realizado perante os órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, integrantes do SISNAMA, observando as atribuições estabelecidas pela já mencionada Lei Complementar 140/2011. As disposições aplicam-se também à AAE realizada pelos órgãos dos entes federativos responsáveis pela formulação de políticas, planos ou programas governamentais, consoante o inciso II do mencionado dispositivo.

Por fim, o § 2º prevê que as normas sobre licenciamento ambiental estabelecidas pelos entes federativos por decorrência desta Lei e de sua regulamentação observarão as regras de aplicação nacional.

O artigo 2º enumera vinte e dois incisos estabelecendo definições sobre: I) área diretamente afetada, que consiste na área necessária para a implantação de atividades ou empreendimentos a serem licenciados; e II) área de influência, como sendo a área que sofre os impactos ambientais da construção, instalação, ampliação e

³¹¹ ANTUNES, **Direito Ambiental**, p. 50.

operação de atividades ou de empreendimentos. Cabe ressaltar que, com base no regulamento atual referente ao licenciamento, são previstos impactos diretos e indiretos na área de influência. Assim, a consideração do que seja impacto indireto é motivo de relevante insegurança jurídica no procedimento licenciatório.

O inciso III define “autoridade envolvida” como:

[...] órgão ou entidade da administração pública que, em função das suas atribuições legais, pode se manifestar de forma não vinculante no licenciamento ambiental sobre os temas de sua competência, compreendendo: a) Fundação Nacional do Índio – Funai; b) Fundação Cultural Palmares – FCP; c) autoridades responsáveis pelo patrimônio histórico e cultural; d) órgãos gestores de unidades de conservação; e e) demais órgãos e autoridades do SISNAMA, conforme §1º do art. 13 da Lei Complementar nº 140 de 8 de dezembro de 2011.

A observação que se impõe diante da previsão supracitada diz respeito ao fato de que ao incluir no conceito de autoridade envolvida os órgãos gestores de unidades de conservação, retira-se a vinculação de sua manifestação dentro do procedimento licenciatório. Assim, o artigo 48 do mesmo diploma, no Capítulo VI referente às Disposições Complementares e Finais, propõe a revogação do §3º do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000 (Lei do SNUC).

O referido dispositivo estabelece que, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação (UC) do Grupo de Proteção Integral. No caso de o empreendimento afetar UC específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável pela sua administração.

Infere-se, portanto, que há evidente retrocesso no dispositivo do PL ao retirar a competência vinculada do órgão administrador da UC. Registre-se ainda que a proposta apenas considera UC de proteção integral, de forma que sequer há previsão de manifestação do órgão gestor de UC de uso sustentável (art. 28, inciso IV).

O Ministério do Meio Ambiente, em parecer sobre o Substitutivo, ressalta que tal previsão colide com seu posicionamento, no sentido de “[...] não se interferir

na aplicação da Lei do SNUC com a edição da Lei Geral do Licenciamento Ambiental.”³¹²

O Capítulo 2, Seção 1 trata das disposições gerais do licenciamento ambiental. A primeira observação diz respeito à competência conferida aos órgãos colegiados deliberativos do SISNAMA para definir as tipologias de atividade ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental (art. 3º, §1º). Ao que parece, a redução da discricionariedade pretendida com uma norma geral não se coaduna com tal previsão. Isso porque cada estado da Federação, no âmbito de suas respectivas Secretarias de Meio Ambiente (tendo instituído um órgão colegiado para deliberar sobre diretrizes das respectivas políticas estaduais ambientais), ao definir as tipologias de atividades sujeitas ao licenciamento, concorre de forma desigual com outro estado que imponha diferente tipo de metodologia para avaliação de impacto, tornando-se competidores no tocante aos investimentos aplicados onde o procedimento licenciatório fosse mais simplificado.

O Ministério Público Federal, em Nota Técnica referente ao Substitutivo ao PL, assim se manifestou com relação ao dispositivo em comento:

[...] 4. Essa independência criará uma situação de competição entre os entes federativos para atrair empreendimentos. Em outras palavras, o estado da federação com menor grau na definição dos ritos do licenciamento terá maior potencial para atrair empreendimentos e o nível de proteção ambiental será diferenciado. É preciso que haja uma orientação federal para essa classificação, sob pena de progressivamente diminuirmos a proteção ambiental do país de forma generalizada.³¹³

Outra questão merecedora de destaque refere-se à dilação dos prazos de duração das licenças ambientais, na medida em que a redação do artigo 5º e incisos estipula que: o prazo de validade da LP **será de no mínimo 5 (cinco) anos**. Nesse aspecto impende notar a alteração diante da previsão contida na Resolução CONAMA

³¹² MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Gabinete da Presidência. PAR. 02001.000813/2017-71 Gabinete da Presidência/IBAMA, p. 5.

³¹³ Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 04/2016 – 4ª CCR. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT0420164CCR_1.pdf>. Acesso em: 05 maio 2017.

Ainda foi ressaltado que a classificação mencionada determinará o rito do licenciamento ou a sua dispensa (art. 3º), sendo, desta forma, extremamente prejudicial à consecução de uma política nacional de meio ambiente, possibilitar essa independência aos entes federativos no que diz respeito aos critérios e parâmetros de classificação de empreendimentos.

237/97³¹⁴, ao estabelecer o prazo de validade da LP “[...] **não podendo ser superior a 5 (cinco) anos**” (grifo nosso). O mesmo se nota para as demais licenças, ao estipular prazo de validade mínimo de 6 (seis) anos para LI e para a LP aglutinada à LI. Em manifestação sobre o dispositivo em tela, a Presidente do IBAMA considerou que “[...] esses prazos são excessivos e gerarão problemas na aplicação da lei”.³¹⁵

Todavia, a previsão legal que mais chama atenção no Capítulo em comento refere-se ao artigo 7º do Substitutivo, que apresenta uma extensa lista de atividades ou empreendimentos que não estariam sujeitos ao licenciamento ambiental. Desse modo, atividades como cultivo de espécies de interesse agrícola, pecuária extensiva, silvicultura de florestas plantadas, obras rodoviárias e ferroviárias de manutenção seriam dispensadas do procedimento licenciatório.

A dispensa da exigência de elaboração de EIA e consequente licenciamento ambiental de significativo impacto tem o condão de aumentar significativamente a margem de discricionariedade dos órgãos licenciadores, colidindo ainda com a previsão constitucional insculpida no art. 225, §1º, IV da Constituição Federal de 1988, a qual exige a elaboração do referido instrumento de avaliação de impacto ambiental para os casos de significativo impacto.

A Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA), em nota de repúdio³¹⁶ ao presente Substitutivo ao PL 3729, assim se manifesta sobre a questão:

³¹⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica nº 04/2016 – 4ª CCR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT0420164CCR_1.pdf>. Acesso em: 05 maio 2017. Ainda foi ressaltado que a classificação mencionada determinará o rito do licenciamento ou a sua dispensa (artigo 3º), sendo, desta forma, extremamente prejudicial à consecução de uma política nacional de meio ambiente possibilitar esta independência aos entes federativos, no que diz respeito aos critérios e parâmetros de classificação de empreendimentos.” Resolução CONAMA 237/97, artigo 18, inciso I.

³¹⁵ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Gabinete da Presidência. PAR. 02001.000813/2017-71 Gabinete da Presidência/IBAMA, p. 7.

³¹⁶ Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA). Disponível em: <<http://www.abrampa.org.br/site/index.php?ct=conteudoEsq&id=479>>. Acesso em: 10 maio 2017. Ressalta ainda a referida Associação que “o mesmo entendimento constitucional se aplica à dispensa de licenciamento para uma série de atividades/empreendimentos com impacto ambiental, ainda que não significativo, pois subtrai o controle do Poder Público sobre atividades que podem gerar impactos ambientais inclusive pela sua cumulatividade e/ou energia, violando diretamente o art. 225, 1º, V da Constituição da República.”

Ao dispensar a exigência de uma listagem de obras e atividades nas quais se exige a apresentação do EIA/RIA, tal como vigente na Resolução CONAMA nº 001/1986, a lei proposta aumenta, perigosamente, a margem de discricionariedade dos órgãos licenciadores e colide diretamente com o art. 225, §1º, IV da Constituição da República, reconhecido nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria como regra absoluta. Além de reconhecer que normas estaduais ou municipais não poderiam dispensar abstratamente hipóteses de exigência de EIA/RIMA, o Supremo Tribunal Federal declarou a compulsoriedade da exigência desse instrumento de avaliação de impactos ambientais para os casos de impacto significativo. A aventada possibilidade de que a dispensa do instrumento constasse de norma federal não permite que tal se dê de forma abstrata ao ponto de esvaziar o conteúdo do art. 225, §1º, IV... Ao não utilizar critérios ambientais para a definição de significativo impacto ambiental, contentando-se com o que definirem os entes administrativos sobre o enquadramento das atividades, com base em exclusivos critérios de porte e potencial poluidor, esvazia-se o art. 225, par. 1º, da CF ao se desconsiderar a fragilidade ambiental da área antropizada e/ou adensada e a capacidade de assimilação de novas cargas poluidoras.

Com efeito, a lista de isenções, conforme está prevista no Substitutivo ao PL terá o condão de judicializar o processo de licenciamento, acarretando sua imprevisibilidade e, em última instância, comprometendo a segurança jurídica que a Lei Geral se propõe a assegurar. Resta claro, desse modo, que a cultura do licenciamento ambiental como obstáculo burocrático não foi afastada com a nova proposta, em vista da previsão legal em comento.

Ressalte-se ainda que o §5º do mesmo dispositivo legal tem por escopo simplificar os procedimentos relativos às atividades de serviços e obras de melhoria, modernização, manutenção e ampliação de capacidade, preexistentes ou em faixas de domínio e de servidão de empreendimentos já licenciados (que poderão ser contemplados na própria licença ou autorizados posteriormente no âmbito das licenças obtidas).

Não obstante, o §7º do citado artigo 7º prevê ainda que os empreendimentos lineares destinados aos modais ferroviários e rodoviários (assim como serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica) poderão iniciar a operação “[...] logo após o término da instalação”. Ou seja, o início da operação da atividade antes da respectiva emissão da Licença de Operação possibilitará fraudes³¹⁷, na medida em que a conclusão das obras em desacordo com o projeto poderá ser retificada via emissão da Licença Corretiva (LC), prevista no artigo 15 do Substitutivo.

³¹⁷ Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA).

Cabe frisar também que o descumprimento de condicionantes ou normas legais ambientais é descaracterizado como causa para suspensão ou cancelamento das licenças, diante da previsão contida no artigo 10 do PL (cuja previsão na Resolução CONAMA 237/97 constava no artigo 19, inciso I). Dessa forma, ao suprimir a previsão normativa que previa, como causa de suspensão ou cancelamento da licença, a violação ou inadequação de quaisquer condicionantes, descumpre-se o poder-dever dos entes federativos em fiscalizar e punir no âmbito administrativo as infrações ambientais.³¹⁸

Na Seção 2 do Capítulo 2 referente aos “Procedimentos de Licenciamento Ambiental”, o art. 12 prevê que:

Art. 12. Os entes federativos, no âmbito de suas competências, deverão definir critérios e parâmetros para a classificação do empreendimento ou atividade quanto ao rito do licenciamento ambiental a ser empregado.

Parágrafo único. O procedimento a ser utilizado será definido pelo potencial poluidor ou degradador do empreendimento, considerando sua natureza e seu porte e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação, podendo considerar o Zoneamento Ambiental previsto na Lei 22 Complementar nº 140 de 8 dezembro de 2011, quando houver.

Tendo em vista a previsão supracitada, o Substitutivo ao PL delega aos entes federativos a definição de critérios e parâmetros para a classificação do empreendimento no tocante ao rito do licenciamento a ser empregado. Desconsidera-se, portanto, a inclusão da alternativa locacional na definição do rito licenciatório, se trifásico, com elaboração de EIA, ou simplificado. Cabe notar que a mesma atividade tem impacto diferenciado de acordo com a relevância ambiental da área a ser instalada. Essa variável não é considerada na fase inicial de definição dos requisitos para o processo licenciatório³¹⁹, gerando, desta forma, estudos desnecessários e morosidade na análise.³²⁰

³¹⁸ Na referida nota de repúdio publicada pela ABRAMPA, questiona-se sobre “[...] qual seria o sentido de se definirem condicionantes no licenciamento se o seu descumprimento não gerar consequência jurídica? Além da falta de estímulo cria-se odiosa discriminação entre os que cumprem e os que descumprem a lei”. Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA).

³¹⁹ A única exceção à previsão locacional refere-se à possibilidade de a autoridade licenciadora considerar o zoneamento ambiental, quando houver, prevista no Parágrafo único do dispositivo.

³²⁰ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Gabinete da Presidência/IBAMA PAR. 02001.000813/2017-71. p. 4. No documento, foi ressaltado que, na minuta debatida sob coordenação do MMA, estava sendo

Não obstante, conforme já considerado na análise do art. 3º, §1º do Substitutivo, a mera delegação aos entes federativos proporciona desigualdade entre os estados, dando ensejo à potencialização de conflitos normativos entre estes quanto ao rito licenciatório a ser observado. Com base em tal assertiva, assim se pronuncia a Presidente do IBAMA, diante da análise do artigo em comento:

Avalia-se que essa opção de mera delegação impulsiona “guerra” ambiental” entre os entes federados, com a aprovação de leis estaduais e locais com pouco rigor ambiental, em busca de atrair investimentos. Na verdade, há evidências de que essa “guerra” já esteja instalada atualmente, em face da inexistência da Lei Geral do Licenciamento Ambiental. Há estados incluindo flexibilizações em sua legislação sobre o tema, as quais têm gerado judicialização.

Nesse sentido, a cada unidade federativa caberá definir a forma pela qual vai determinar o procedimento, desprovida de parâmetros mínimos nacionais, em desconformidade, portanto, com uma proposta de lei que visa estabelecer normas gerais sobre o processo de licenciamento ambiental.³²¹

Além do procedimento ordinário trifásico de licenciamento ambiental previsto no artigo 13, os artigos 14, 15 e 17 estabelecem, respectivamente, novas modalidades licenciatórias, como a licença ambiental única (LAU), a licença ambiental por adesão ou compromisso (LAC) e a licença corretiva (LC).

Diante do exame das referidas modalidades, constata-se pouco rigor na LAC bem como na LC. No que tange à LAC, em vista de sua realização mediante sistema eletrônico, as informações prestadas pelo empreendedor no documento, as quais subsidiam a licença (Relatório de Caracterização do Empreendimento – RCE), “[...] necessitam ser validadas pelo Poder Público competente.”³²² O licenciamento por adesão e compromisso compromete a segurança implícita na emissão da licença, na medida em que a simples adesão a critérios e condições preconcebidos, desprovidos de análise de modelagem dos sistemas e condições socioambientais e das especificidades

analisada a consideração da relevância ambiental da área juntamente com o potencial poluidor/degradador da atividade ou empreendimento, considerando a sua natureza e o seu porte, de forma que mantivesse a coerência com a Lei Complementar nº 140/2011, em matriz que lastrearia a definição dos procedimentos na aplicação caso a caso..

³²¹ Em vista do exposto, melhor seria a elaboração das minúcias dessas regras via regulamentação de âmbito federal.

³²² MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Gabinete da Presidência. PAR. 02001.000813/2017-71 Gabinete da Presidência/IBAMA, p. 6.

do caso concreto, resulta, nas palavras do Ministério Público Federal, na “ [...] subversão da lógica do escopo e finalidade do licenciamento, estando em total dissonância com os princípios da precaução, prevenção e qualidade/eficácia da proteção ambiental”.³²³

Com relação à LC, cabe destacar que se admite a regularização não somente da atividade ou empreendimento em fase de operação, como também daqueles que se encontram em fase de implantação. Neste sentido, em que pese a necessidade de desburocratizar o procedimento licenciatório, há que observar se essas novas modalidades de ato contribuirão para tornar o licenciamento mais eficiente ou apenas possibilitarão a dispensa de estudos e/ou supressão de etapas devidas, comprometendo a segurança jurídica a ser proporcionada pelo instrumento regulatório.

Impende notar também as previsões contidas nos artigos 16 e 21, §2º, demonstrando-se pouco rigor regulatório em licenciamentos de atividades ou empreendimentos situados na mesma área de influência e em condições similares às de outros já licenciados, visto que poderão ser submetidos a procedimentos simplificados. A previsão no art. 21, §2º refere-se à consequente dispensa de EIA, sendo admitido um único processo de licenciamento ambiental para atividades vizinhas, de pequeno porte e similares, desde que definida a responsabilidade legal pelo conjunto de atividades.

Os artigos 24 a 27 tratam respectivamente da disponibilização de informações ao público e da participação pública no licenciamento ambiental. Infere-se, diante da análise dos dispositivos, que não há previsão de modernização dos instrumentos de consulta pública nos moldes das agências reguladoras independentes.³²⁴ Cabe registrar que os arranjos institucionais participativos configuram um imperativo que deve nortear a concretização e a procedimentalização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. A participação, portanto, há de ser qualificada, visto que não se vislumbra participação efetiva desprovida de informação.

³²³MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica nº 03/2016 – 4ª CCR. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT0420164CCR_1.pdf>. Acesso em: 05 maio 2017.

³²⁴A ANATEL, por exemplo, conta com instrumento de consulta pública para recebimento de críticas e sugestões em fase anterior às versões definitivas publicadas. ANATEL. Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/institucional/sobre-as-consultas-publicas>>. Acesso em: 20 maio 2017.

A participação pública prevista no artigo 27 do substitutivo ao PL, por exemplo, prevê apenas a realização de audiência pública, cujas conclusões e recomendações não vinculam a decisão da autoridade licenciadora. O § 3º do citado artigo dispõe que “[...] a decisão da autoridade licenciadora de realização de mais de uma reunião presencial deve ser motivada na inviabilidade de realização de um único evento [...]”. Neste aspecto, importante salientar a observação do Ministério Público Federal acerca da referida previsão legal:

Com base nos princípios da precaução-prevenção e da ampla/efetiva participação popular (especialmente comunidades atingidas), em condição de interferir na tomada de decisões, o que deve ser motivada é a decisão de realizar apenas uma audiência pública e não a de não realizar somente uma audiência (reunião presencial).³²⁵

No que se refere à participação das autoridades envolvidas prevista nos artigos 28 a 30, releva notar o prazo exíguo para manifestação destas autoridades (art. 29, §2º) bem como a não vinculação da manifestação dos referidos órgãos perante a decisão do órgão licenciador (art. 29, §5º), além de prescindir da manifestação destas autoridades envolvidas para expedição da licença ambiental (art. 29, §3º).

Assim, conforme adverte o Ministério Público Federal³²⁶ a respeito dos dispositivos:

A combinação do prazo exíguo e do fato de não ser vinculante, transforma a manifestação do órgão em peça ilustrativa do licenciamento ambiental. Na prática, a licença será concedida independentemente da manifestação do órgão ou mesmo no caso de ser uma manifestação pelo indeferimento em decorrência dos riscos ao interesse tutelado pelo órgão.

³²⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica nº 03/2016 – 4ª CCR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT0420164CCR_1.pdf>. Acesso em: 05 maio 2017.

³²⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica nº 04/2016 – 4ª CCR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT0420164CCR_1.pdf>. Acesso em: 05.05.2017. O MPF também considerou na Nota Técnica nº 03/2016 que “não é admissível que a falta de estrutura e recursos dos órgãos envolvidos seja causa para o sacrifício de direitos fundamentais [...] Uma lei geral sobre licenciamento ambiental, como todas as leis existentes, estará inserida em um sistema normativo subjacente e com ele deve compatibilizar-se, em coerente diálogo das fontes. Por isso, o diálogo com outros órgãos e outros campos do saber é imprescindível [...] não existe devido processo de licenciamento ambiental sem o diálogo com instituições e órgãos que refletem multivisões do conhecimento [...] Assim, é consequência lógica que as manifestações da FUNAI, FCP e IPHAN são imprescindíveis para informar o licenciamento ambiental acerca dos impactos causados aos povos indígenas, comunidades negras e ao patrimônio cultural brasileiro. Isso significa dizer que as manifestações da FUNAI, FCP e IPHAN, no curso dos processos de licenciamento, não constituem mera formalidade, mas possuem um caráter efetivamente substantivo, necessário à formação de um ato jurídico válido, expresso na licença ambiental”.

O Capítulo IV do Substitutivo ao PL trata da “Solução de Controvérsias”, estabelecendo, no artigo 39, que as controvérsias surgidas em decorrência do procedimento licenciatório, no que concerne aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem. O problema que se configura no dispositivo em exame está relacionado à qualificação dos considerados “direitos patrimoniais disponíveis para fins desta Lei”, referindo-se ao: I) inadimplemento de execução das condicionantes ambientais; e II) à relação de causa e efeito entre impactos e condicionantes ambientais (art. 39, §3º).

A Lei n. 9.307/1996³²⁷ que dispõe sobre a arbitragem prevê no seu artigo 1º, *caput* que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. O Código Civil, por sua vez, estabelece no artigo 841, *caput* que somente “quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”³²⁸. Em face do exposto, como afirma Milaré, “[...] a marca da indisponibilidade dos interesses e direitos transindividuais impede, em princípio, a transação”³²⁹. Em decorrência, como ratificado em parecer do IBAMA a respeito do dispositivo em tela:

Há improbidade jurídica evidente nessa qualificação. Direitos patrimoniais disponíveis são aqueles referentes ao patrimônio em que as partes podem usar, gozar e dispor, que podem transacionar livremente, conforme sua vontade.

Acredita-se que a aplicação da arbitragem, na forma proposta, gerará enfraquecimento do poder da autoridade licenciadora, menor rigor ambiental e, na direção oposta do pretendido, judicialização dos processos.³³⁰

O Capítulo V do Substitutivo ao PL trata da “Transferência de responsabilidade sobre a execução de medidas compensatórias e mitigadoras”, estabelecendo que o empreendedor pode transferir a responsabilidade sobre a

³²⁷ BRASIL. Lei Federal nº 9.307 de 1996, que dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 05.05.2017.

³²⁸ BRASIL. Lei Federal nº 10.206 de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

³²⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente** [...] p...

³³⁰ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Gabinete da Presidência. PAR. 02001.000813/2017-71 Gabinete da Presidência/IBAMA, p. 5.

execução total ou parcial das medidas compensatórias e mitigadoras, respondendo subsidiariamente pela execução das medidas (artigo 40, *caput*).³³¹

Ou seja, a previsão supramencionada estabelece a “terceirização” da responsabilidade pela execução das medidas compensatórias e mitigadoras, ferindo a previsão contida no artigo 14, §1º da Lei da PNMA³³², ao instituir o regime de responsabilidade objetiva por dano ou risco ambiental causados ao meio ambiente e a terceiros.

Nas “Disposições Complementares e Finais”, cabe destacar o artigo 43 ao prever a supressão da responsabilidade subsidiária dos financiadores pelos danos ambientais dos empreendimentos por eles financiados:

Art. 43. As entidades governamentais de fomento e as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo BC somente responderão por dano ambiental se comprovado dolo ou culpa e relação de causalidade entre sua conduta e o dano causado, sendo responsáveis, subsidiariamente, por reparar o dano para o qual tenham contribuído, no limite de sua contribuição para o referido dano.

Critica-se a previsão em tela sobre o enfoque da relação de causalidade, visto que, na hipótese de o agente decidir assumir o financiamento de determinado empreendimento, esta relação já se demonstra configurada. O dispositivo também é criticado tendo em vista não guardar pertinência com a temática do licenciamento ambiental, consoante previsão contida no artigo 7º da Lei Complementar nº 95/1998³³³. Nesse sentido, a Presidência do IBAMA manifestou-se, destacando que:

³³¹ Substitutivo ao PL 3.729/2004. Comissão de Finanças e Tributação, art. 40, Par.3º .

³³² Lei nº 6.938/81. Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

³³³ BRASIL. Lei Complementar nº 95/1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

Esse tema chegou a gerar dispositivo em versões anteriores do MMA, que foi suprimido por não se ater ao tema licenciamento ambiental. Em face do disposto no art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998, a responsabilidade das organizações financeiras por dano ambiental necessita ser trabalhada em outra lei. Além disso, aplica-se no Brasil a responsabilidade civil objetiva por dano ambiental [...].³³⁴

Em última análise, dentre os dispositivos mais polêmicos previstos no Substitutivo examinado, registre-se ainda a previsão contida no artigo 48, estabelecendo a revogação do parágrafo único do artigo 67 da Lei n. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)³³⁵, o qual retira a possibilidade de punir, na modalidade culposa, o funcionário público pela emissão de licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais. O que se percebe, diante da previsão citada, é a intenção do legislador de reduzir a excessiva cautela por parte dos servidores dos órgãos ambientais, traduzida, em última instância, no incremento da burocracia decorrente do temor de serem punidos de forma severa na esfera criminal.

5.5 Análise crítica da proposta de alteração do marco regulatório

Diante da análise dos principais dispositivos do Substitutivo ao PL que institui a Lei Geral do Licenciamento Ambiental, as críticas referentes à proposta normativa serão norteadas à luz das fragilidades do processo licenciatório ambiental identificadas no presente trabalho (Capítulo 3, item 3.3).

Primeiramente, analisando a proposta sob o viés da falta de articulação e integração entre as políticas setoriais e a PNMA, vislumbra-se que a previsão da AAE representa um primeiro passo para a solução do problema. Isso porque, como já considerado, a AAE é o instrumento adequado para viabilizar a articulação dos

III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;

³³⁴ Ministério do Meio Ambiente. Gabinete da Presidência. PAR. 02001.000813/2017-71 Gabinete da Presidência/IBAMA, p. 8.

³³⁵ BRASIL. Lei Federal nº 9.605/1998. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 05.05.2017.

Art. 67. Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposos, a pena é de três meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

aspectos ambientais com aspectos ligados aos demais setores que demandam o planejamento de políticas públicas. Dessa forma, espera-se que, com a previsão e consequente elaboração da AAE, os empreendimentos a serem licenciados já sejam submetidos ao órgão licenciador tendo superado a etapa de alinhamento entre as variáveis ambientais e demais demandas setoriais.

No que se refere à ausência de comandos normativos de ordem material e ao excesso de discricionariedade do órgão licenciador, várias questões podem ser apontadas na proposta em análise. Quanto à ausência de comando normativo, a própria edição do Projeto de Lei em comento visa solucionar esta lacuna normativa na seara ambiental. Todavia, a solução que o PL buscou proporcionar apresenta inconsistências tanto sob o aspecto de técnica legislativa quanto sob o aspecto do conteúdo dos dispositivos previstos.

A respeito da técnica legislativa, cumpre ressaltar o excesso de regulamentação em sede de lei que visa normatizar aspectos gerais do licenciamento ambiental. A edição de norma de conteúdo mais aberto, prevendo metas e objetivos, confere maior flexibilidade às circunstâncias concretas que a lei visa regular. Entretanto, o PL acaba por regulamentar em pormenores aspectos do licenciamento de cunho técnico, que melhor seriam normatizados por órgão que desempenhasse tal função (o CONAMA, conforme será comentado na conclusão do trabalho), de forma que afastasse as ingerências políticas existentes no âmbito do Poder Legislativo.

Com relação ao conteúdo dos dispositivos, é possível constatar que o excesso de discricionariedade que a proposta normativa visa reduzir não logrou êxito. Nesse sentido, há excessiva discricionariedade conferida às autoridades licenciadoras, inclusive nos estados e municípios para definir critérios e parâmetros com vistas à classificação do empreendimento ou atividade quanto ao rito do licenciamento a ser empregado (não havendo, portanto, definição de parâmetros nacionais mínimos a serem estabelecidos pelo órgão técnico, tampouco previsão de critérios para fins de orientação e regramento).

No que tange à participação pública prevista na proposta normativa, o Substitutivo ao PL não só deixou de estabelecer mecanismos mais modernos de participação como regrediu em comparação às normas já estabelecidas sobre o tema.

Ao prever apenas a realização de audiência pública (requerendo ainda a motivação para realização de mais de uma audiência) sem o estabelecimento de um mecanismo sistemático de participação, a proposta perde a oportunidade de conferir maior efetividade ao tema, considerando sua relevância para um procedimento licenciatório exitoso.

A participação dos órgãos intervenientes, previstos na proposta como “autoridade envolvida” também foi comprometida em face das previsões contidas no Substitutivo. Não obstante sua manifestação não vinculante no licenciamento ambiental, a ausência de manifestação tampouco implica como obstáculo ao andamento do processo licenciatório e consequente expedição da licença. Portanto, como já frisado no exame do dispositivo específico, o prazo exíguo para manifestação combinado com o posicionamento do órgão interveniente desprovido de vínculo quanto à expedição da licença, transforma sua participação no licenciamento ambiental meramente ilustrativa.

Em face das considerações tecidas, é possível afirmar que a proposta normativa de reforma do licenciamento ambiental não atende às expectativas referentes a uma lei cujo pressuposto seja tratar de aspectos gerais do licenciamento. Assim, sendo o Projeto de Lei meramente conceitual e procedimental, deixa de considerar princípios e diretrizes gerais pertinentes à espécie normativa em questão.

Considerando os dispositivos da proposta e tendo em vista a previsão combinada de: a) prazos exíguos para consecução de atos administrativos; b) o caráter meramente consultivo das autoridades envolvidas; c) excessiva discricionariedade conferida às autoridades licenciadoras, inclusive na esfera estadual e municipal para regular aspectos relevantes do processo licenciatório, notadamente quanto à escolha da modalidade e dispensa do licenciamento (desprovidos de estabelecimento de parâmetros e critérios a fim de orientar e reger tal discricionariedade), verifica-se que eventual aprovação do Projeto de Lei, na contramão de desburocratizar e proporcionar maior efetividade ao instrumento licenciatório, terá o condão de aumentar a judicialização do licenciamento, conferindo, em consequência, insegurança jurídica ao instrumento regulatório.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se apresentar as principais questões relativas ao licenciamento ambiental que, como um dos instrumentos instituídos pela Política Nacional de Meio Ambiente, assume papel de destaque na regulação ambiental. A relevância do instrumento é traduzida tanto sob o aspecto positivo, no sentido do controle ambiental que exerce na implementação de um empreendimento ou atividade, garantindo a concretização do desenvolvimento econômico de forma sustentável, quanto no aspecto negativo, relacionado às inúmeras críticas decorrentes da morosidade e burocracia do procedimento, que comprometem a segurança jurídica que visa proporcionar.

Notou-se, portanto, que apesar de a problemática do licenciamento ambiental estar relacionada a fatores que fogem do seu escopo, as discussões acerca do tema têm dado ênfase na alteração de sua regulamentação.

Diante desse cenário, buscou-se formular hipótese na qual se afirma que o licenciamento ambiental, como principal instrumento regulatório ambiental, não tem desempenhado de forma eficaz o seu propósito dentro da Política Nacional do Meio Ambiente, necessitando de alterações de cunho institucional e instrumental.

Assim, tendo por escopo analisar as raízes dessa problemática, buscou-se retratar, no Capítulo 2, o estado da arte da governança ambiental no Brasil instituída pela Política Nacional de Meio Ambiente, dando enfoque à modelagem institucional dos respectivos órgãos normativo e executivo, quais sejam, o CONAMA e o IBAMA. A governança ambiental também foi analisada sob o prisma dos instrumentos da PNMA, identificando as fragilidades decorrentes de sua aplicação, que comprometem a eficácia do licenciamento ambiental.

O Capítulo 3 teve por objetivo analisar o licenciamento ambiental no contexto do SISNAMA, além de identificar os principais entraves que comprometem sua efetividade como instrumento regulatório ambiental. Dessa forma, foram destacados como principais obstáculos à maior efetividade do instrumento: a ausência de planejamento ambiental (advinda da falta de articulação entre a política ambiental e

demais políticas setoriais); a ausência de comandos normativos que reduzam o excesso de discricionariedade por parte do órgão licenciador, bem como a questão da participação social e interveniência dos órgãos externos ao SISNAMA no curso do procedimento licenciatório. Em última análise, foram consideradas as consequências decorrentes dos obstáculos mencionados, consistentes na judicialização do instrumento e na insegurança jurídica gerada .

Posteriormente, no Capítulo 4, buscou-se tecer considerações a respeito do Estado regulador, à luz da Constituição Federal de 1988, introduzindo, no âmbito nacional, a figura das agências reguladoras independentes como novo paradigma de autarquia especial, destacando suas principais características. Diante da identificação dessas características, aplicou-se o cotejo do novo modelo regulatório perante o modelo institucional ambiental, fundamentado na Lei nº 6.938/81.

Ao final do Capítulo 4, foi ressaltado que, não obstante a necessidade de mudanças estruturais no âmbito do Sistema Nacional de Meio Ambiente (tanto sob o viés institucional quanto sob o viés instrumental), o cerne da atual questão ambiental no país diz respeito somente à regulamentação do instrumento licenciatório, com vistas à sua alteração, independentemente do ambiente institucional (Congresso Nacional, Senado e CONAMA) estabelecido para sua apreciação.

No Capítulo 5 foram apontadas as principais propostas em trâmite sobre a temática, evidenciando tendência de busca por celeridade do procedimento, sem necessariamente observar limitações de cunho legal e técnico. Buscou-se dar enfoque ao Substitutivo ao Projeto de Lei que institui a Lei Geral do Licenciamento Ambiental, fonte principal do atual debate na área ambiental.

Com relação ao ambiente institucional para discussão das proposições normativas referentes à alteração do licenciamento, é necessário levar em consideração que *a priori*, o Congresso Nacional não se reveste dos atributos institucionais exigidos de um órgão normativo apto a identificar as deficiências técnicas e processuais que envolvem os obstáculos verificados no procedimento licenciatório. Em outras palavras, questiona-se, nesse aspecto, a centralização da discussão em ambiente de natureza política, para a questão que apresenta natureza predominantemente técnica.

Feita essa ressalva e considerando que limitadas são as medidas em curso no campo institucional ambiental que aproximem o modelo ambiental do modelo conferido às agências reguladoras independentes, a alteração do licenciamento ambiental via proposição de Projeto de Lei parece ser o caminho escolhido para o enfrentamento deste impasse regulatório.

No entanto, conforme já mencionado, em sendo a proposição legislativa apta a instituir uma Lei Geral do Licenciamento, esta deve se limitar a normatizar aspectos gerais do instrumento, antecipando no texto legal as questões fundamentais atinentes ao licenciamento (no objetivo de conferir limitação à discricionariedade em termos substantivos), deixando margem normativa para os órgãos de regulação com maiores conhecimentos técnicos sobre a questão (no caso, a competência técnica regulamentar conferida legalmente ao CONAMA).

Desse modo, a atual versão do Substitutivo, ao detalhar questões procedimentais a fim de engessar o procedimento licenciatório, acaba colidindo com o ideal de proporcionar mais segurança jurídica ao instrumento, tendo em vista o maior risco de questionamentos sob a via judicial.

Ademais, como já considerado, a proposta normativa também é criticada em vista da excessiva discricionariedade conferida às autoridades licenciadoras, inclusive no âmbito estadual e municipal, bem como em relação a questões relevantes do licenciamento ambiental, notadamente quanto à escolha da modalidade/rito e à dispensa do licenciamento, desprovida do estabelecimento de parâmetros e critérios que visem orientar e reger tal discricionariedade.

Com efeito, a dispensa da exigência de elaboração de EIA para uma gama de atividades potencialmente poluidoras colidirá com a previsão constitucional insculpida no art. 225, §1º, IV da Constituição Federal de 1988, a qual exige a elaboração do referido instrumento de avaliação de impacto ambiental para os casos de significativo impacto ambiental.

Destarte, tais dispositivos previstos na proposta normativa incorrerão na judicialização do processo de licenciamento, acarretando sua imprevisibilidade e, em última instância, comprometendo a segurança jurídica que a Lei Geral se propõe a assegurar. Resta claro, desse modo, que a cultura do licenciamento ambiental como

obstáculo burocrático não foi afastada com a nova proposta, em vista da previsão legal em comento.

A hipótese inicialmente considerada, referente à falta de efetividade do licenciamento ambiental e consequente necessidade de redirecionamento do debate ambiental para a reformulação de ajustes de cunho institucional e instrumental pode, portanto, ser confirmada.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo apontar alguns caminhos que possam proporcionar maior efetividade ao instrumento, mediante a adoção das medidas a seguir consideradas.

Primeiramente, releva notar que independentemente das medidas legislativas tendentes a conferir maior celeridade e desburocratização do licenciamento ambiental, para que o sistema de licenciamento proposto funcione efetivamente, é imperativo considerar os problemas advindos nas estruturas regulatórias institucionais e instrumentais inerentes à aplicação do instrumento.

Assim, partindo-se do pressuposto da necessidade da edição de lei formal que supere a fragilidade normativa do sistema federal de licenciamento ambiental (construído fundamentalmente em resoluções do CONAMA), prevendo normas gerais que delimitem a atuação do órgão licenciador, e deixando a previsão de normas técnicas a serem estabelecidas pelo CONAMA, configura-se possivelmente a solução mais razoável para a proposta normativa do novo marco regulatório ambiental.

No entanto, para que o sistema de licenciamento ambiental proposto seja mais efetivo, é imperativa a adoção de medidas acessórias, referentes à estruturação de cunho institucional do Sistema Nacional de Meio Ambiente e de cunho instrumental, relativa à Política Nacional de Meio Ambiente.

Dessa forma, com relação ao CONAMA, é necessário que sua composição seja revista, privilegiando o caráter técnico em detrimento das influências políticas, reduzindo sua relevância no âmbito do SISNAMA como entidade dotada de poder regulamentar. Cabe, portanto, ao referido Conselho a definição, de maneira uniforme, das tipologias de empreendimentos suscetíveis ao licenciamento na esfera federal

(evitando assim critérios díspares entre os Estados, que geram desigualdade de privilégios).

No âmbito do IBAMA, como já considerado, há necessidade de maior adequação ao modelo regulatório das agências, especialmente no tocante à sua autonomia, tendo em vista ser o Instituto alvo constante de pressão política no licenciamento de empreendimentos estratégicos para o país. Sugere-se, dessa forma a adoção de regime jurídico que conferisse maior autonomia à autarquia, a fim de atribuir - a) independência política de seus dirigentes, com conferência de mandato a termo, provendo-lhes estabilidade em seus cargos e vedação de exoneração *ad nutum*; e b) independência técnica decisional, com predomínio de decisões politicamente neutras (a fim de evitar também a captura pelo setor regulado), lastreadas em subsídios técnicos e vedação a recurso hierárquico impróprio dirigido ao órgão central da Administração Direta (MMA) . Nesse sentido, conferindo-se maior autonomia ao órgão licenciador, não há dúvida de que a efetividade do licenciamento ambiental restaria mais robusta, se comparada ao cenário institucional atual.

Em que pesem as sugestões consideradas acima, a efetividade do licenciamento também necessita estar respaldada pelo fortalecimento e correta aplicação dos instrumentos previstos na Lei da PNMA. Da mesma forma, considerando os prazos previstos na proposta normativa e diante da estrutura notadamente deficitária dos órgãos licenciadores e intervenientes, há inquestionável necessidade de aplicação de recursos para o bom funcionamento dessas estruturas.

Diante do exposto, acredita-se que a implementação das medidas consideradas no presente trabalho consistiria no primeiro passo rumo à maior efetividade do licenciamento ambiental. Desse modo, desimpedido dos obstáculos institucionais e instrumentais impostos, o licenciamento estaria apto a desempenhar seu relevante papel na realização da crescente escala de projetos relevantes para as políticas públicas nacionais, sem comprometer a proteção ambiental constitucionalmente estabelecida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **The New Separation of Powers**. Harvard Law Review, 2000.

_____. “Good-bye Montesquieu”. In: Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (Eds.) **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Elgar, 2010.

ALMEIDA JÚNIOR, Monsueto; LISBOA, Marcos de Barros; PESSOA, Samuel. **O Ajuste Inevitável**. Julho de 2015. Disponível em: <https://mansueto.files.wordpress.com/2015/07/o-ajuste-inevitavel-vf_2.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Capítulo II.

_____. **Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU n. AC – 051**. Disponível em: <www.abar.org.br>.. Acesso em: 20 maio 2016.

ASSUNÇÃO, Francisca Neta Andrade. **A participação social no licenciamento ambiental na Bahia** [manuscrito]: sujeitos e práticas sociais. Tese (Doutorado Desenvolvimento Sustentável– Universidade de Brasília, Centro Desenvolvimento Sustentável (CDS), 2006. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5142/1/f_assuncao.pdf>. Acesso em: 10 abril 2017.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros. 2012.

_____. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. 2005. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2016.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press 2010. Reprinted 2013.

BANCO MUNDIAL. **Licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos no Brasil: uma contribuição para o debate**. Relatório-síntese. 2008. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139278/Relat%C3%B3rio+Principal+\(PDF\)/8d530adb-063f-4478-9b0d-](http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139278/Relat%C3%B3rio+Principal+(PDF)/8d530adb-063f-4478-9b0d-)>

2b0fbb9ff33b.jsessionid=F0198597D8CCABE80B0C020FE40E97A7.srv155>.
Acesso em: 05 maio 2016.

BARBER, N.W. Prelude to the separation of powers. **The Cambridge Law Journal**, v. 60, *issue* 01, March 2001, p. 58-88. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/prelude-to-the-separation-of-powers/41A6729A2EA6A830D248D3FA7385DBAC>>. Acesso em: 05 maio 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa, **Revista Forense**, n. 317, p. 25-45, Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1992.

BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Procuradoria Geral Federal. ORIENTAÇÃO JURÍDICA NORMATIVA Nº 43/2012/PFE/IBAMA (revista e atualizada em novembro de 2016). Disponível em: <file:///C:/Users/b1453/Downloads/ojn_n_43_2012___revista_e_atualizada_em_novembro_de_2016_>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/aae.pdf. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Guia de Procedimentos do Licenciamento Ambiental Federal**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/Procedimentos.pdf. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Nota Técnica n. 10/2016/DSIS/DCRS/SAIC/MMA**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/sistema-nacional-do-meio-ambiente>>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Ministério Público Federal. 4ª Câmara de Coordenação e Revisão. Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. **Parecer Jurídico N. 4 – 4a CCR referente ao Projeto de Lei n. 654/2015**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pec-65-documentos/parecer-juridico-pls-654-2015>>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____. 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: 16 maio 2016.

CARRASCO, Vinicius; MELLO, João M. P. de; DUARTE, Isabela. **A Década Perdida: 2003-2012**. Disponível em: <<http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/td626.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Talden. A repartição de competências para o licenciamento ambiental e a atuação dos municípios. **Revista de Direito Ambiental**, n. 43, 2006, p. 246-266.

FERRA, Fabio Garcia Leal; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Seguros de responsabilidade civil por riscos ambientais. In: **Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais** /Elisabete Maniglia (Org.). São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, UNESP, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Reforma do ensino jurídico: reformar o currículo ou modelo? In: **Cadernos FGV Direito**, Rio de Janeiro: Educação e Direito v. 2, – set de 2006.

_____. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santo de (Coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 3. ed. Curitiba: Editora Arte & Letra, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Capítulo V.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz; LEUZINGER, Márcia Dieguez. **O Financiamento do Sistema Nacional de Unidades de Conservação do Brasil**. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512457/001041600.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 Maio 2017.

GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 2003, São Paulo: Imprensa.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da administração piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. A Regulação Ambiental no Brasil deve ser exercida por entidades independentes? In: SAMPAIO, Rômulo S.R.; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio (Org.). **Tópicos de direito ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.137-158.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Intervenção Estatal Ambiental: licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar nº 140/2011**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Curso de Direito Ambiental/** Sydney Guerra; Sérgio Gerra. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HOLDER, Jane; LEE, Maria. **Environmental Protection, Law and Policy**. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. **Environmental Assessment. The Regulation of Decision Making**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

JODY, Freeman; FARBER, Daniel A. Modular Environmental Regulation. **Duke Law Journal**, v. 54, n. 4, Thirty-Fourth Annual Administrative Law Issue. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40040503>>. Acesso em: 15 maio 2016.

KATIAL, Neal. Internal Separation of Powers: Cheking Today's Most Dangerous Branch From Within. **Yale Law Journal**, v. 115. 2006.

KRELL, Andreas. **Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**: Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Discrecionalidade Administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEHMEN, Alesandra. **Governança Ambiental Global e Direito**. Curitiba. Juruá Editora, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Malheiros Editores, 2009.

MACIEL, Marcela Albuquerque. Competência para o licenciamento ambiental. Uma análise das propostas de regulamentação do art. 23 da CF. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2716, 8 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17978>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MASCARENHAS. Rodrigo Tostes de Alencar. **Infrações Administrativas Ambientais no Estado do Rio de Janeiro. Notas sobre a Lei nº 3647/00**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. v. 58, 2004.

_____. Competência executiva em material ambiental. In: SAMPAIO, Rômulo S.R.; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio (Org.). **Tópicos de direito ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 113-136.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. “Cooperação Internacional Para a Preservação Do Meio Ambiente: O Direito Brasileiro e a Convenção De Aarhus.” **Revista de Direito FGV São Paulo**. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/13_rev15_297-328_-_valerio_de_oliveira_mazzuoli_0.pdf>. Acesso em: 30.03.2017.

MCALLISTER, Lesley K. **Making law matter, environmental protection & legal institutions in Brazil**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008.

MELLO, Celso Anônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MILARÉ Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8. ed. rev., atual. e ref. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Raimundo. Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil: Excesso ou garantia de participação? **Revista de Direito Ambiental: RDA**, v. 10, n. 38, p. 204-237, abr./jun.2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MOTTA, Ronaldo Seroa de. **O Uso de instrumentos econômicos na gestão ambiental**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamento por serviços ambientais**. São Paulo: Atlas. 2012.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 104.

RASLAN, Alexandre Lima. **Responsabilidade civil ambiental do financiador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

REIS, Eustáquio J.; MOTTA, Ronaldo Seroa de. The application of economic instruments in environmental policy: the Brazilian case. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 551-576, 1994. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/626/7976Finance>. Acesso em: 07 maio 2017.

REISS, Doris R. The Benefits of Capture. University of California Hastings College of the Law. **Wake Forest Law Review**, v. 47, n. 2, 2012.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Economia ou economia política da sustentabilidade. Economia do Meio Ambiente: teoria e prática**. MAY, Peter H. (Org.), 2. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 – 4. reimpressão.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha **Direito Ambiental: doutrina e casos práticos**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2011.

_____. **Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. Regulação Ambiental In: GUERRA, Sergio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 307-333.

SANTOS, Maria Luiza Werneck dos. Considerações sobre os limites da competência normativa do Conama. In: **Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental**. Édis Milaré, Paulo Affonso Leme Machado, (Orgs). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleções doutrinas essenciais; v. 1.

SAND, Peter H. The Evolution of International Environmental Law. In: **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. BODANSKY, D.; BRUNÉE, J.; HEY, E., 2007. Oxford: Oxford University Press.

_____. Institutional-Building to Assist Compliance with International Environmental Law: Perspectives. In: **Heidelberg Journal of International Law**, n. 56/3, March 20-22, 1996, p. 775. Disponível em: <http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_3_a_774_795.pdf>. Acesso em: 26 mar 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo. Malheiros Editores, 6. ed. 2006.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 9a. ed. 2011.

SILVA, Nilvo Luiz Alves da; CAPELLI, Sílvia. Elementos Centrais para a regulamentação federal do licenciamento. **Revista de Direito Ambiental – RDA**. v. 82. Ano 21. pp. 77-100. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

_____. **Avaliação rápida de projetos de lei sobre licenciamento ambiental e proposições para aprimoramento**. 2015. Disponível em: <<http://avaliacaodeimpacto.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Avaliação-rápida-PLs-licenciamento-09-agosto-2015.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SUNSTEIN Cass R. **Risk and reason: safety, law and the environment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Libertarian Administrative Law. **The University of Chicago Law Review**. 82 U Chi L Rev 393, 2015.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul./set. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47038/46022>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

TORRES, Silvia Faber. **Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 (Capítulo VII).

UNITED NATIONS. **The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters.** Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/aarhus/http://ec.europa.eu/environment/aarhus/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

VULCANIS, Andrea. **Os problemas do licenciamento ambiental e a reforma do instrumento.** Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/artigos-juridicos/os-problemas-do-licenciamento-ambiental-e-a-reforma-do-instrumento>>. Acesso em: 20 maio 2016.