

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO

YURI ANDRADE DE SENA

**A COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL:
UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DA LEI COMPLEMENTAR 140/2011**

Brasília - DF
Julho 2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

A COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL:
UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DA LEI COMPLEMENTAR 140/2011

Autor: Yuri Andrade de Sena

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Julho de 2019.

FOLHA DE APROVAÇÃO

YURI ANDRADE DE SENA

A Competência para Licenciamento Ambiental: Uma análise pragmática da Lei Complementar 140/2011

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 10 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
(Orientador – Presidente)

Prof. Bruno Vinícius da Rós Bodart
(Membro)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
(Membro)

Prof. Wanner Medeiros Rodrigues
(Suplente)

FICHA CATALOGRÁFICA

SENA, Yuri Andrade de. (2019). **A Competência para Licenciamento Ambiental: Uma análise pragmática da Lei Complementar 140/2011**. Monografia Final do Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 82 p.

Monografia (Graduação – Direito) – Universidade de Brasília, 2019.

AGRADECIMENTOS

Antes de ser um trabalho de conclusão do curso de Direito, essa monografia significa para mim o fim de um ciclo e o começo de outros. Como não poderia ser diferente, eu sou muito grato a muitas pessoas que me fizeram chegar aqui e encorajam a seguir sempre mais em frente.

Em primeiro lugar sou grato a Deus por me ter permitido chegar até aqui e cuidado para que tudo desse certo. Em segundo lugar, agradeço à minha família, que desde cedo me formou como uma pessoa que está no mundo para descobrir, e que deve assumir essa missão com humildade e seriedade.

Depois, meu agradecimento especial aos amigos que me ajudaram neste trabalho, pelo encorajamento e pelas conversas, opiniões e experiências trocadas: Wanner Medeiros, Sophia Guimarães, João Henrique, Fernanda Buta, Vinícius González, Mayk Gomes, Mateus Frota e Gabriel Fonseca.

Sinto-me privilegiado de ter conhecido também pessoas fantásticas ao longo do meu curso de Direito, com quem, com certeza, tive o privilégio de conviver, de me construir e aprender novas realidades. Em especial: Lucas Leocádio, Guilherme Cordeiro, Alexandre Satyro, David Campos, Pedro Nogueira, Jean Raphael, Adhryans Dias e Rafael Fernandes.

Nem só de ótimas companhias essa graduação foi feita. Tenho especial apreço pelos professores da Faculdade de Direito e demais departamentos por onde passei ao longo desses 5 anos, na pessoa do meu querido orientador, o Professor Nicolao Dino. E um carinho muito forte pelos lugares onde iniciei minha construção profissional: Procuradoria-Geral da República, Supremo Tribunal Federal e Cassel Ruzzarin Advogados Associados.

O gabinete do Ministro Luiz Fux se destaca como o lugar onde por mais tempo estagiei e onde mais sinto que cresci. O contato e o diálogo com pessoas inesquecíveis me fizeram olhar nossa área de estudo e trabalho com uma visão mais crente de que fazemos a diferença. Pelo tempo que passei como estagiário de Thiago Fleury, Walter Schröder, Pedro Felipe, Andrea Magalhães e Bruno Bodart, percebi o quão vasto e instigante é o universo de questões postas aos juristas, e tenho certeza de que levarei isto pelo resto da minha vida.

Acredito que o texto produzido representa mais do que o tempo de elaboração do problema, pesquisa e escrita. Ele foi "gestado" desde muito antes, e o resultado final deste longo processo são as próximas páginas. Espero que possa transparecer ao leitor tanto a inquietude quanto o pensamento crítico que me inspiraram a redigi-lo.

10 de julho de 2019.

Yuri Andrade de Sena

“Como nunca antes na história, o destino comum obriga-nos a procurar um novo início (...). Que o nosso seja um tempo que se recorde pelo despertar duma nova reverência face à vida, pela firme resolução de alcançar a sustentabilidade, pela intensificação da luta em prol da justiça e da paz e pela jubilosa celebração da vida.”

Papa Francisco

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e determina a atuação cooperativa entre União, Estados e Municípios para se atingir esse objetivo. Neste âmbito, o licenciamento ambiental é um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, uma vez que, através desse procedimento, o Estado assegura que determinada atividade poluente atende a padrões mínimos de controle ambiental e redução de danos ao meio ambiente. Quando um empreendimento tem seu licenciamento concedido, isto também significa que este atende aos princípios basilares da ordem econômica constitucional, dentre os quais se destaca o desenvolvimento sustentável. Todavia, até a publicação da Lei Complementar 140/2011, havia controvérsia jurídica em relação a qual seria o ente federativo competente para licenciar cada modelo diferente de atividade, o que incluía discussões acerca da quantidade de licenças exigidas e quais critérios seriam os mais adequados para representar os interesses de cada membro da Federação. Esta monografia tem por objetivo analisar o impacto da novel legislação quanto à construção de um federalismo mais cooperativo, e para uma política ambiental mais responsiva às demandas que lhe são apresentadas. A Lei Complementar 140/2011 trouxe cinco alterações neste tema: (i) o licenciamento em única instância; (ii) uma reconfiguração das competências; (iii) instrumentos de cooperação entre entes federados; (iv) atribuição de efeitos *ex nunc* à sua divisão de competências; e (v) o princípio do licenciador-fiscalizador primário. Através da contribuição da teoria do movimento “*Law and Economics*” sobre as consequências das normas reguladoras e da teoria da escolha racional, o trabalho apresenta como a lei complementar promoveu incentivos para uma política ambiental mais eficiente bem como elevou o risco de disputas federativas com o potencial de enfraquecer a proteção ambiental constitucionalmente prevista. A estrutura se divide em três partes: na primeira, são apresentados os principais conceitos envolvendo licenciamento ambiental e sua fundamentação dentro do sistema de proteção nacional ao meio ambiente; em seguida, serão expostas as principais mudanças realizadas pela Lei Complementar 140/2011 no sistema de divisão de competências entre os entes federativos; ao fim, serão apontados os principais incentivos decorrentes da lei para as relações federativas e regulatórias no tema.

Palavras-chave: Direito ambiental; licenciamento ambiental; federalismo cooperativo; Constituição Federal de 1988; Lei Complementar 140/2011; pragmatismo; *Law and Economics*.

ABSTRACT

The Federative Republic of Brazil's Constitution protects the right to an ecologically healthy environment and stipulates a coordinated action among Union, States and Municipalities in order to achieve that goal. One of the most important regulations from National Environmental Policy is environmental licensing, an instrument by which the State assures a polluting activity fulfills requirements of environmental control and damage reduction. When a firm acquires its environmental license, it means, as well, that it is aligned to constitutional's shape of sustainable development. However, until Supplementary Law 140/2011 was published, it was not clear which level of government was competent to license each type of activity. Therefore, there were doubts about how many licenses were required and which criteria suit the best interest of each level of the federation. This monography aims to analyze the impacts of this new legislation when it comes to a better, more cooperative federalism, and for a better steered environmental policy. Supplementary Law 140/2011 sets five changes to the matter: (i) one-level licensing; (ii) new competence arrangement; (iii) cooperation instruments; (iv) *ex nunc* effects for the division of competences; and (v) the principle of licensor-primal surveillance body. By the use of "Law and Economics" movement's theory about the consequences of regulation laws and rational choice theory, the thesis presents the incentives for a more responsive environmental policy as well as it increased the risk of federal conflicts that may threat such an important constitutional right. It is structured in three parts: at first, it is presented the main definitions about environmental licensing and our environmental policy system that legitimizes this process; then, there will be exposed the main changes from Supplementary Law 140/2011 regarding division of competences among members of Brazilian federation; finally, the incentives for the federal and regulation relations will be argued.

Key-words: Environmental law; environmental licensing; cooperative federalism; Constitution of Federative Republic of Brazil; Supplementary Law 140/2011; pragmatism; Law and Economics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ASIBAMA	Associação Nacional dos Servidores de Carreira e Especialista em Meio Ambiente e PECMA do IBAMA
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
IBAMA	Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais
PNMA	Política Nacional do Meio Ambiente
SEMA	Secretaria Especial do Meio Ambiente
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1: LICENCIAMENTO AMBIENTAL: DEFINIÇÕES PRIMORDIAIS E FEDERALISMO COOPERATIVO	4
1. O Licenciamento ambiental	4
a. Conceito	4
b. Avaliação de impacto ambiental no âmbito da resolução Conama 01/86.....	8
c. Tipos de licença previstos na Resolução 237	9
d. Discricionariedade administrativa na concessão da licença.....	10
e. Princípios justificadores do licenciamento ambiental.....	12
2. Disposições da Constituição Federal de 1988	15
a. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado	15
b. Cooperação entre os entes federados para a proteção do meio ambiente	16
3. Divisão de competências segundo a Resolução 237/97.....	19
CAPÍTULO 2 – LEI COMPLEMENTAR 140/2011: UM PASSO EM DIREÇÃO AO FEDERALISMO COOPERATIVO?	23
1. Licenciamento em única instância administrativa	25
2. Reconfiguração das competências	28
a. Supressão do critério do impacto da atividade	30
b. Taxatividade da competência da União e dos Municípios	31
c. Competência residual dos Estados.....	33
3. Instrumentos de cooperação.....	36
4. Efeitos <i>ex nunc</i> da distribuição de competências.....	38
5. Estabelecimento do preceito licenciador-fiscalizador primário.....	40
CAPÍTULO 3 – IMPACTOS DA LEI COMPLEMENTAR 140/2011 NA POLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA: UMA CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	44
1. Licenciamento ambiental como regulação da política ambiental	46
2. Conceitos econômicos aplicáveis ao licenciamento ambiental	49
a. Escassez	49
b. Maximização racional	49
c. Cálculo do risco	50
d. Equilíbrio.....	51
e. Incentivos	52
3. Construção de modelos teóricos	52
a. Modelo federativo.....	53

b.	Modelo da regulação	55
4.	Alterações de incentivos no modelo federativo	57
a.	Redução de conflitos	57
b.	Segmentação dos interesses	58
c.	Abertura para deflagração de uma “guerra ambiental”	60
d.	Risco de captura do órgão licenciador	62
e.	Insuficiência na criação de incentivos para cooperar	63
5.	Alterações no modelo da regulação	65
a.	Estabilização de discussões correntes antes da edição da LC 140/2011	65
b.	Aumento do capital jurídico e a conseqüente adoção da prática por mais empreendedores	67
c.	Descentralização: redução de custos para licenciar?	68
d.	<i>Underdeterrence</i> e o licenciamento corretivo	69
6.	Limitações aos modelos apresentados	71
	CONCLUSÃO	73
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

Distrito de Mariana, MG. Às 16 horas e vinte minutos do dia 5 de novembro de 2015. A barragem do Fundão, que servia de contenção para rejeitos de mineração do consórcio Samarco Mineração S. A., composto pela empresa brasileira Vale S. A. e pela anglo-australiana BHP Billiton, sofre um rompimento, 62 milhões de metros cúbicos de lama tóxica¹ foram extravasados pelos distritos da região e atingiram o leito do Rio Doce.

Em apenas quinze minutos, os rejeitos atingiram a cidade vizinha de Bento Rodrigues, a qual foi soterrada pelo mar de lama. Por mais dezesseis dias, o volume seguiu o leito do Rio Doce, pelo percurso de 853 km, e chegou ao Oceano Atlântico no dia 21 de novembro, formando uma mancha que se estendia por um raio de 80 km. Contabilizaram-se 39 cidades afetadas diretamente pelo impacto desta tragédia ambiental, mais de 600 famílias foram desabrigadas, 19 mortes, 26 espécies de seres vivos do ecossistema do Rio Doce desaparecidas e mais de 14 toneladas de peixes mortos. Esse disputaria, face ao acidente com césio 137 em Goiânia/GO, o desonroso título de pior desastre ambiental do Brasil.

Município de Brumadinho, MG. Às 13 horas e trinta e sete minutos do dia 25 de janeiro de 2019. A barragem da mina Feijão, que também tinha por finalidade conter os rejeitos da mineração de ferro, de propriedade da empresa Vale S. A., a mesma que controlava a barragem do Fundão, rompeu-se, lançando 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos em local próximo à região metropolitana de Belo Horizonte.

O mar de rejeitos tóxicos atingiu os trabalhadores que estavam em horário de almoço, nas instalações da empresa situadas geograficamente abaixo do reservatório que se rompera. Embora fosse um volume cinco vezes menor que o da barragem do Fundão, 65 pessoas morreram e mais de 200 figuraram como desaparecidas. A lama atingiu o leito do Rio Paraopeba, maior afluente do Rio São Francisco, e em março de 2019, a Fundação S. O. S. Mata Atlântica constata a contaminação das águas do mais importante corpo fluvial da Região Nordeste.

Esses dois acontecimentos trágicos, que ocorreram em um curto período de tempo e tiveram a mesma companhia como responsável revelaram a efemeridade que as vidas humanas, animais e vegetais passam a ter em face de grandes empreendimentos econômicos. No

¹ Segundo reportagem do Globo: AZEVEDO, Ana Lucia. *Acidente em Mariana é o maior da História com barragens de rejeitos*. O Globo, 17 de novembro de 2015. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/acidente-em-mariana-o-maior-da-historia-com-barragens-de-rejeitos-18067899>> Acesso em 30 de junho de 2019.

imaginário comum, a Natureza deixou há muito de ter um aspecto essencialmente místico, beirando o desconhecido, e passou a representar o não-urbano, não-civilizado, chegando até a ser um “recurso” a ser explorado.

As tragédias-crime apresentadas jogam luzes sobre a importância da proteção ao meio ambiente pelo Direito, que se torna a linguagem pela qual a sociedade e o Estado se valerão para punir quem foi responsável por tamanhos desastres e, principalmente, evitar que situações semelhantes voltem a ocorrer no futuro. Diante disto, constata-se que as atividades das duas minas estavam revestidas pelo “selo estatal” que reconhece a sua segurança: a licença ambiental, ambas tendo sido emitidas pelo órgão ambiental mineiro. Por outro lado, pode-se observar que tanto municípios fora do Estado de Minas Gerais quanto bens da União sofreram os impactos desses resíduos.

Como se justifica essa divergência de interesses/agentes afetados? Como se determina a quem cabe licenciar certo empreendimento? O que fazer quando interesses de mais de um ente federativo emergem dentro da construção ou operação de determinada atividade potencialmente poluidora? No Brasil, dadas as circunstâncias apresentadas, a legislação ambiental provê aos agentes econômicos segurança jurídica para atender aos ditames da ordem econômica constitucional ou é falha ao ponto de permitir que situações ilícitas sejam economicamente mais vantajosas?

Neste ensejo, o objetivo do presente trabalho é problematizar a interface entre (i) o pacto federativo cooperativo vigente em nosso país segundo a Constituição Federal; (ii) a política de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto pela Lei Maior; e (iii) a legislação responsável por estruturar e organizar as competências para o licenciamento ambiental de forma que (ii) seja a consequência prática de (i).

No ano de 2011, a edição da Lei Complementar 140/2011 representou verdadeiro marco em busca dessa pretendida interface, visto que buscou regulamentar a cooperação dos entes federados para se buscar uma gestão ambiental mais responsiva às demandas sociais, econômicas e, sobretudo, constitucionais. Dada a importância dessa matéria, este trabalho se apresenta com a seguinte divisão esquemática: em primeiro lugar, serão apresentados os conceitos-chave que se referem ao licenciamento ambiental, bem como as premissas constitucionais sobre as quais esse instituto vige no ordenamento jurídico; em seguida, serão expostas as principais mudanças que a Lei Complementar 140/2011 inseriu no ordenamento jurídico e como essas proposições se contrapuseram às normas anteriormente postas; e, finalmente, será adotada a metodologia de investigação do movimento “*Law and Economics*”

para se compreender pragmaticamente quais são os incentivos e desincentivos gerados pela legislação para os entes federativos e empreendedores, e como isto pode influenciar globalmente na política ambiental pátria.

A perspectiva pragmática adotada tem por premissas o uso instrumental do Direito para intervir na realidade, a preferência por fatos e consequências ao invés de generalizações e conceitualismos; e a crença na racionalidade dos agentes para a maximização de sua utilidade. Neste ensejo, os estudos do movimento “*Law and Economics*” se revelam como o instrumental teórico mais recomendável, tendo em vista que a perspectiva desta escola visa analisar o Direito a partir do seu real impacto na sociedade, o que pode ser traduzido na seguinte premissa: Direito público é política pública e deve ser entendido como tal. Longe de fornecer uma “receita de bolo”, nos termos de Guido Calabresi, para resolver conflitos normativos principalmente no que envolve matéria tão complexa como o meio ambiente, a proposta da pesquisa em “*Law and Economics*” tem por objetivo traçar a relação entre os meios e fins da legislação posta, a fim de melhor instruir os jurisdicionados, operadores do direito e legisladores para uma visão do Direito mais voltada à realidade.

Por fim, a questão que se pretende responder é saber se, dentro da atual conformação jurídica para se determinar o ente federativo competente para realizar o licenciamento ambiental, principalmente com o advento da Lei Complementar 140/2011, podemos afirmar que este procedimento cumpre a sua finalidade enquanto instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente. Adotou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica da doutrina e da jurisprudência, bem como, no terceiro capítulo, foram estipulados dois modelos de análise para se delinear os incentivos gerados pela nova lei nas relações federativa e regulatória.

CAPÍTULO 1: LICENCIAMENTO AMBIENTAL: DEFINIÇÕES PRIMORDIAIS E FEDERALISMO COOPERATIVO

Os alicerces do atual Direito Ambiental brasileiro foram lançados na Lei 6.938/81, por meio da qual foi instituída a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA e estabelecidos os principais agentes para implementá-la. Esta lei criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, entidade formada pelo conjunto dos órgãos e entidades ambientais da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. O aparato criado neste sistema visa ao assessoramento dos governos no que tange à implementação da PNMA, bem como proporcionar um sistema integrado de proteção ao meio ambiente.

Na mesma lei, há a previsão dos instrumentos da PNMA, dentre os quais o licenciamento ambiental de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. A Lei Complementar 140/2011, promulgada trinta anos depois da 6.938/81, alterou dispositivos desta norma, e promoveu significativas mudanças em relação à forma como cada membro do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA assumiria a função de realizar o licenciamento ambiental. Para uma compreensão mais detalhada quanto à dimensão e à profundidade dessas alterações, torna-se indispensável a realização de um levantamento da discussão relativa ao instituto antes da vigência da LC 140/2011 em 10 de dezembro de 2011.

Para tanto, neste capítulo serão apresentados (i) o conceito e a natureza do licenciamento ambiental; (ii) as disposições constitucionais acerca do direito ao meio ambiente e do dever de cooperação entre os entes federativos para a implementação de sua agenda ambiental; e (iii) os critérios adotados pela Resolução 237/97 CONAMA para firmar a competência para o licenciamento.

1. O Licenciamento ambiental

a. Conceito

O licenciamento ambiental é procedimento para a regulação das atividades ou empreendimentos que impactem o meio ambiente, exigindo-se, nos casos em que houver maior amplitude desta degradação, a realização do prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA) da atividade licenciada. Através desse procedimento, é emitida a licença ambiental, documento em que o Estado atesta a viabilidade ambiental daquela atividade ou empreendimento, bem como determina a realização de compensações ou mitigações do impacto daquela operação no meio

ambiente. Trata-se do uso do poder de polícia² do Estado, como forma de realizar o controle prévio dessas atividades e/ou concomitante, em prestígio ao preceito da precaução. (SILVA, 1997)

No Direito, esse instituto está previsto no artigo 10³ da Lei 6.938/81, que institui a Política Nacional de Meio Ambiente, a qual teve sua importância reforçada pela Constituição Federal de 1988, ainda que não seja historicamente o primeiro dispositivo⁴ a tratar do assunto. A referida lei elege como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente “*a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana*” (BRASIL, 1981). No artigo 2º da legislação, é estabelecida uma série de pilares do Estado para se garantir este objetivo, como a ação governamental para manutenção do equilíbrio ecológico; a proteção dos ecossistemas de maneira geral, e a preservação de áreas representativas; a recuperação das áreas degradadas e a proteção daquelas que correm risco de degradação. O princípio fundamental para o licenciamento ambiental se encontra no inciso V do referido artigo, o qual prevê o controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras como princípio estruturante da PNMA.

O legislador adota três conceitos-base para dar forma à Política Nacional do Meio Ambiente: meio ambiente, degradação da qualidade ambiental e poluição. O primeiro é entendido como “*o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*” (BRASIL, 1981). O segundo, por sua vez, consiste em uma alteração adversa das condições ambientais; enquanto o terceiro consiste na degradação da qualidade ambiental decorrente eminentemente

²Compreendido como a prerrogativa do Estado em limitar o exercício de direitos individuais em benefício do interesse público, conforme anotado por DI PIETRO (2018). A definição legal para esse conceito se encontra no artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), nos seguintes termos: Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, 1966)

³ Art 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (BRASIL, 1981)

⁴ O primeiro movimento legal para se criar licenças industriais foi o Sistema de Licenciamento de Atividades Poluidoras – SLAP instituído pelo Estado do Rio de Janeiro na década de 70. De acordo com o Decreto-lei 1.633/1977, o objetivo do SLAP seria “*disciplinar a implantação e funcionamento de qualquer equipamento ou atividade que forem considerados poluidores ou potencialmente Poluidores, bem como de qualquer equipamento e combate à poluição do meio ambiente, no Estado do Rio de Janeiro*”. (RIO DE JANEIRO, 1977)

da atividade humana, tanto na via direta quanto na indireta⁵. Por consequência, o controle das atividades que tenham a potencialidade ou sejam efetivamente poluidoras é realizado pelos instrumentos elencados no artigo 9º da Lei, sendo que, na prática, o licenciamento ambiental é a ferramenta deste rol que possui aplicação mais frequente pelo Poder Público (BIM, 2014).

A redação original do artigo 10 da lei previa o licenciamento ambiental como condição para “[a] construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (BRASIL, 1981). O texto de 1981 estipulava o órgão ambiental estadual integrante do SISNAMA como autoridade competente para realização deste procedimento, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

A Lei 7.804/89 posteriormente alteraria a parte final do dispositivo, a fim de adicionar trecho em que estende ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis⁶ – IBAMA a competência para realizar o licenciamento, em caráter supletivo. Como se verá mais adiante, a última alteração da redação deste artigo foi realizada pela Lei Complementar 140/2011, a qual retirou tanto o trecho que estipula o órgão estadual como competente quanto este mais recente, adicionado pela Lei 7.804/89. De toda sorte, a primeira parte do dispositivo, que permaneceu inalterada ao longo do tempo, foi também prevista nos Decretos 88.351/83⁷, que regulamentou a PNMA, e 99.274/90⁸, o qual alterou disposições do primeiro.

Pelo texto legal, o licenciamento ambiental seria uma exigência da Política Nacional de Meio Ambiente para o estabelecimento e o funcionamento de atividades com impacto

⁵ Art. 3º. [...] III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

⁶ Autarquia federal criada pela Lei 7.735/89, que possui como finalidades institucionais o exercício do poder de polícia ambiental, a execução de ações da PNMA, como licenciamento ambiental, controle da qualidade ambiental, autorização do uso de recursos naturais e fiscalização; e execução de ações supletivas da competência da União. Para fins deste trabalho, as competências de licenciamento da União serão assumidas pelo IBAMA, haja vista que não será abordado o licenciamento dentro de unidades de conservação, competência do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, conforme previsão da Resolução 428/2010 CONAMA.

⁷ 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. (BRASIL, 1983)

⁸ Art. 17. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim 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. (BRASIL, 1990)

ambiental, capazes de alterar de maneira adversa o meio no qual são exercidas. Todavia, até o momento ainda não havia sido editada lei regulamentadora do procedimento, o que significa que coube ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA⁹, nos termos do artigo 11¹⁰ da Lei 6.938/81, editar as normas regentes da matéria, consubstanciadas nas Resoluções 01/86 e 237/97 do órgão. Segundo o artigo 1º, inciso I, da Resolução 237/97, licenciamento ambiental é o

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (BRASIL, 1997)

Além disso, o inciso II do mesmo artigo conceitua licença ambiental como

ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. (BRASIL, 1997)

Desta forma, exsurge a diferença entre os dois institutos – licenciamento ambiental e licença ambiental, sendo que o primeiro consiste no procedimento em que se emite o segundo, e acompanha as disposições que este estabelece para lhe conferir normatividade (FREITAS, 2003). Ademais, o termo “licença” constitui espécie de ato administrativo, e apresenta como características (i) a sua emissão pelo Estado, como consequência da anuência deste à realização da atividade pelo interessado; (ii) a sua expedição sob demanda do interessado, jamais *ex officio*; e (iii) a sua indispensabilidade para a realização da atividade (CARVALHO FILHO, 2018).

Quando se trata de licença ambiental, MILARÉ (2018) enuncia que ocorre uma diferença desta em relação à licença clássica de direito administrativo, tendo em vista que a

⁹ Órgão instituído pelo artigo 7º da Lei 6.938/81 com a função de assistir o Presidente da República na formulação das diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente. Após a edição da Lei 8.028/90, passou a ser órgão consultivo e deliberativo com a finalidade de “*com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.*” (BRASIL, 1990)

¹⁰ Art. 11. Compete ao IBAMA propor ao CONAMA normas e padrões para implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento previsto no artigo anterior, além das que forem oriundas do próprio CONAMA.

primeira se submete a um lapso temporal, enquanto a segunda não. Em outros termos, enquanto a licença administrativa para construir, por exemplo, é emitida de forma definitiva, se houver a manutenção das mesmas condições de fato e direito que promoveram sua concessão; a licença ambiental possui um prazo de validade, sendo exigido do interessado que realize o pedido para nova emissão ou sua renovação quando este período expirar. Diante disto, o autor argumenta que se trataria de uma aproximação da licença ambiental com o instituto da autorização, por ter uma natureza mais precária que a licença.

De toda sorte, conclui-se que o licenciamento ambiental se trata de procedimento administrativo em que se analisarão (i) a possibilidade de concessão da licença ambiental e (ii) a implementação das adequações ambientais expedidas em licenças anteriores, procedimento este exigido quando a atividade ou o empreendimento causar efetiva ou potencialmente poluição ao meio que o circunscreve.

b. Avaliação de impacto ambiental no âmbito da resolução Conama 01/86

Prevista de forma concomitante à licença ambiental, a avaliação de impacto ambiental foi melhor regulamentada pela Resolução 01/86 CONAMA, a qual estabelece a definição de impacto ambiental; como devem realizados os estudos para se determinar o impacto ambiental de uma atividade ou empreendimento; e, ainda, quais empreendimentos demandam estudo prévio de impacto. Segundo a resolução, impacto ambiental é:

[...] qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causado por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II – as atividades sociais e econômicas;

III – a biota;

IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V – a qualidade dos recursos ambientais; (BRASIL, 1986)

Posteriormente, o artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV¹¹, da Constituição Federal elevou a título de norma constitucional a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente. Nas circunstâncias previstas pela Resolução 01/86, a realização desse estudo é requisito essencial para a concessão do licenciamento ambiental, circunstância que fundamenta a

¹¹ Art. 225. [...] § 1º [...], incumbe ao Poder Público: 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; (BRASIL, 1988)

intrínseca correlação entre o referido inciso constitucional e o licenciamento ambiental. No mesmo sentido, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento que conclui a Conferência Rio-92, proclamou o princípio 17, nos seguintes termos:

A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente. (DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE, 1972)

Para se discriminar os impactos ambientais de uma atividade, pode ser realizado o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que deve ser conduzido por uma equipe multidisciplinar e seguir quatro diretrizes gerais. Essas diretrizes são: contemplação de todas as alternativas de tecnologia e localização do projeto, em confronto com a hipótese de não execução do projeto; identificação e avaliação sistemática dos impactos ambientais nas fases de implantação e operação da atividade; definição dos limites da área geográfica a sofrer impactos diretos ou indiretos da atividade, considerando-se a bacia hidrográfica do projeto como área de sua influência; e consideração dos planos e programas governamentais na área do projeto e sua compatibilização com este. (BRASIL, 1986) O EIA não é o único instrumento para se avaliar o impacto ambiental, sendo possível se exigir outros estudos, como Relatório Ambiental Preliminar (RAP), Relatório de Controle Ambiental (RCA), Plano de Recuperação das Áreas Degradadas (PRAD) e Estudo de Impacto da Vizinhança (EIV), a depender da complexidade da atividade e do seu impacto sobre o meio ambiente e a vizinhança.

Finalmente, a Resolução 01/86 CONAMA previu catorze diferentes atividades consideradas de impacto ambiental, as quais foram expandidas pela Resolução 237/97 CONAMA. No Anexo 1 desta última norma estão previstas as atividades e empreendimentos em que será exigido o licenciamento ambiental, relação na que constam, por exemplo, extração e tratamento de minérios, indústria metalúrgica, indústria de produtos alimentares e bebidas, obras civis, obras de transportes. A elaboração desta avaliação fica a cargo do empresário, interessado em obter a licença ambiental para seu empreendimento.

c. Tipos de licença previstos na Resolução 237

Com relação aos tipos de licença ambiental a se obter, a Resolução 237/97 CONAMA prevê três tipos de licença a depender da natureza, das características e da fase do

empreendimento ou atividade em questão. Além disso, dada a natureza provisória/temporária da licença ambiental, cada tipo desse documento tem determinado prazo máximo de vigência.

A primeira licença é a Licença Prévia, que é concedida na fase preliminar do planejamento da atividade, em que o Poder Público aprova sua localização e sua concepção, atesta a viabilidade ambiental e estabelece requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de implementação. O prazo máximo de validade desta licença pode ser desde o estabelecido no cronograma do empreendimento até cinco anos. (BRASIL, 1997)

A segunda é a Licença de Instalação, a qual autoriza a instalação do empreendimento após verificar que houve o atendimento das especificações nos planos, programas e projetos aprovados, o que inclui medidas de controle ambiental e demais condicionantes, razões determinantes para a concessão da licença. Sua validade durará, no mínimo, o prazo do cronograma de instalação do empreendimento e, no máximo, seis anos. (BRASIL, 1997)

Finalmente, a terceira licença é a Licença de Operação, que autoriza o funcionamento da atividade, e será concedida depois que se verificar o efetivo cumprimento das determinações das licenças anteriores, o que inclui as medidas de controle ambiental e condicionantes para a operação, da mesma forma como analisada para a Licença de Instalação. (BRASIL, 1997) Sua validade depende dos prazos previstos nos planos de controle ambiental e varia de quatro a dez anos, sendo exigido do interessado que solicite sua renovação até cento e vinte dias antes da expiração de sua validade.

Dentro da perspectiva pragmática deste trabalho, deve-se ressaltar que a lógica da Resolução é de que os pedidos de licenciamento das sucessivas etapas fossem realizados assim que se encerrasse ou estivesse próxima de vencer a licença. Entretanto, por representar momento em que o empreendedor se identifica ao Poder Público e expõe sua atividade ao órgão ambiental, nem sempre poderá se optar pela solicitação de novas licenças ou a sua renovação, assumindo-se o risco de ser flagrado pela fiscalização ambiental.

d. Discricionariedade administrativa na concessão da licença

De acordo com o pensamento predominante¹², a licença ambiental constitui ato vinculado, o que significa que a Administração possui papel de simples subsunção das normas

¹² SILVA, 1997, p. 190, CARVALHO FILHO, 2018, p. 147, MELLO, 2015, pp. 448, MOREIRA NETO, 2014, p. 174, MEDAUAR, 2006, p. 337; DI PIETRO, 2018, p. 261; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito

à realidade fática posta no procedimento administrativo. Neste escopo, o juízo de oportunidade e conveniência seria mitigado para se privilegiar a legalidade estrita, princípio basilar na Administração Pública, sendo defeso a esta se negar a emitir a licença caso o interessado tenha provado cumprir todos os requisitos legais e técnicos previstos pelo Direito (MILARÉ, 2018). Há ainda, nesta vertente, o entendimento de que o espaço de deliberação da Administração seria ainda mais reduzido, por se tratar de instrumento de natureza técnica em que se busca implementar o modelo de desenvolvimento sustentável previsto pelo ordenamento jurídico. (PADILHA, 2010)

Em contraposição a isso, existe a tese de que a concessão de licença ambiental se trata de uma decisão estatal em que se devem ponderar os diferentes interesses em jogo, de forma a maximizar a proteção ambiental em consonância com demais princípios protegidos pela ordem jurídica, o que evidenciaria a complexidade posta ao Administrador (BIM, 2014). Nesta vertente, à qual presente trabalho se filia, é possível, por exemplo, que *“a decisão administrativa ambiental não necessariamente [reflita] a melhor alternativa do ponto de vista ambiental, a menos que esta solução imponha o mesmo sacrifício aos demais valores prestigiados pelo ordenamento jurídico”* (BIM, 2014, p. 16). Isso porque o caráter sancionador da licença ambiental, que possui potencial de, inclusive, embargar a instalação de uma atividade ou seu funcionamento, impõe ao Administrador a necessidade de averiguar as consequências práticas de sua decisão. Com base nisto, adota-se o artigo 20¹³ da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro como parâmetro para defender que existe liberdade concedida à Administração para a concessão da licença ambiental.

Na verdade, quanto maior e mais complexo o empreendimento a se licenciar, tanto mais a decisão sobre o licenciamento dependerá das conclusões do EIA, as quais, por mais precisas que pretendam ser, apresentam dados probabilísticos. BENJAMIN (1992, p. 27), quanto ao tema, explica que *“o EIA não aniquila, por inteiro, a discricionariedade administrativa em matéria ambiental. O seu conteúdo e conclusões não extinguem a apreciação de conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer”* Observe-se, especialmente, que, dentre os requisitos para a elaboração do estudo prévio de impacto ambiental, é necessário que o interessado identifique a interação do empreendimento com os meios físicos, biológico e socioeconômico, o que evidencia o caráter complexo do conteúdo desse estudo (PADILHA,

administrativo, p. 165; GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo, p. 82; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 187-188 apud MILARÉ, 2007.

¹³ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

2010), e eleva a dificuldade de se precisar até que ponto é válida a mera interpretação legal ou se a Administração não poderia suprir determinada parcela de imprevisão dentro de sua discricionariedade.

Logo, mais que um exame baseado nos documentos que instruem cada um dos tipos de licenças, o licenciamento ambiental pode ser considerado como uma intervenção do Estado na economia através do exercício de seu poder de polícia, uma vez que a emissão de licenças ambientais constitui exigência para o funcionamento de atividades potencial ou efetivamente poluidoras, e, ainda, tem o condão de penalizar¹⁴ o exercício dessas atividades caso violem desproporcionalmente o direito ao meio ambiente. Ainda que se defenda, em homenagem à segurança jurídica, a necessidade de se regulamentar mais estritamente os requisitos para a obtenção da licença, a sua expedição envolve a ponderação de diferentes variáveis, as quais nem sempre estarão evidentes ou serão passíveis de determinação científica.

e. Princípios justificadores do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental, como instrumento da PNMA, tem justificativa nos princípios formadores do atual paradigma do Direito Ambiental, dos quais se destacam o do poluidor-pagador, da prevenção e da precaução. Embora sejam correntes as críticas em relação ao uso desmedido de enunciados de princípios para fundamentar decisões judiciais e trabalhos doutrinários, os quais possuem pouca base para se decidir questões complexas (POSNER, 2010); o estudo dos três preceitos expostos se mostra necessário para a finalidade de se buscar a justificação jurídica para a exigência do licenciamento ambiental.

O princípio do poluidor-pagador pressupõe que quando o explorador de bens naturais causa poluição, ele altera as condições do meio ambiente, e produz a chamada externalidade negativa, causando prejuízos suportados por terceiros. O benefício pecuniário ou da produção é usufruído pelo explorador, enquanto suas adversidades são sofridas por toda a coletividade, o que demanda a intervenção do direito para que o explorador internalize esses prejuízos. (PADILHA, 2010) Diante disso, é dever do poluidor arcar com os custos de prevenção, reparação e repressão da poluição, o que inclui a adoção de medidas de redução do impacto ambiental, de controle dos resíduos e o cumprimento de padrões mínimos de qualidade ambiental. A submissão do explorador à realização de estudos de impacto ambiental e a

¹⁴ Destaca-se, a título de complementação, que o artigo 60 da Lei 9.605/98 tipifica como crime a realização de instalação e operação de estabelecimentos essa licença sem que ela tenha sido concedida, situação em que haverá a sanção de pena de detenção e/ou multa.

necessidade de manifestação sobre a viabilidade ambiental do empreendimento como condições para a instalação de empreendimentos poluidores, nesta seara, surge como imposição de maior custo ao empreendedor em respeito ao referido preceito.

O princípio da prevenção, de outra monta, se fundamenta no fato de que a preocupação do Direito Ambiental se situa no risco e não apenas no dano, tendo em vista o elemento intergeracional e a amplitude dos danos ambientais. (PADILHA, 2010) Isso se justifica porque danos ambientais não se limitam apenas a elementos patrimoniais ou extrapatrimoniais indenizáveis. Quando ocorre um dano ambiental, serão afetados pessoas, animais, plantas, ecossistemas inteiros, de forma que, assim que for possível a prevenção desses acontecimentos, os agentes devem fazê-lo. MACHADO (2003, p. 73) divide a aplicação deste princípio em cinco itens:

1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamentos ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; e 5º) Estudo de Impacto Ambiental.

Para que haja a prevenção, é necessária a certeza científica de que a realização de determinadas ações evitará a ocorrência de um risco certo e um perigo concreto. MILARÉ (2018), para explicar a referida situação, se reporta à hipótese de uma indústria geradora de produtos particulados que desejasse se instalar em uma área industrial já saturada. Para o autor, há certeza o suficiente para concluir que será defeso ao órgão licenciador emitir a licença pretendida, em razão dos riscos ou impactos de antemão conhecidos.

Por outro lado, o princípio da precaução opera no risco incerto, em situações em que não há certeza científica da ocorrência do dano, e que, por esta razão, é princípio inscrito dentro do da prevenção. O objeto de controle deste princípio não seria apenas os danos ambientais, que deveriam ser prevenidos, mas a própria gestão do risco pelos agentes. Isso significa que se deve buscar a minimização dos riscos, sendo vedadas condutas que excedem a prudência e gerem riscos inaceitáveis, ainda que o dano não venha a ocorrer. LAVIELLE apud MACHADO (2003, p. 64) enuncia que o princípio consiste “*em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar*”

A origem desse princípio vem da evolução do pensamento do Direito Ambiental Internacional ao longo da década de 1980, em que se deixou de exigir verdades científicas

absolutas para se adotar uma postura mais cautelosa e mais severa, levando em consideração as incertezas científicas e os danos às vezes irreversíveis, que podem ser baseados em premissas científicas. Outro aspecto desse preceito é a inversão do ônus da prova, porque, depois de havido o dano ambiental, não deve o causador apenas justificar a ausência de culpa sua para afastar a responsabilidade, mas tem o dever de comprovar que implementou as medidas de proteção ao meio ambiente, de forma que os limites do risco e da incerteza não teriam sido ultrapassados (MACHADO, 2003).

Existem menções ao princípio da precaução no Direito Internacional. O maior exemplo disto é o princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, produto da Conferência Rio-92, a qual prevê:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992)

Em outro aspecto, MACHADO (2003) aponta para o direito inglês, em que se adota o princípio da precaução para os estudos de impacto ambiental em sua Lei de Proteção ao Meio Ambiente. Segundo a norma estrangeira, esses documentos devem utilizar a abordagem “BAT – *Best Available Technology*”, a da melhor tecnologia disponível. Esse tipo de abordagem estaria acompanhado de um raciocínio que considera o custo dessas tecnologias, de forma que a melhor tecnologia disponível a ser levada em conta seria aquela cujo aumento no custo em decorrência de sua escolha não fosse excessivo.

De toda sorte, os três princípios comportam relação íntima com a previsão de licenciamento em nosso ordenamento jurídico, situação em que, adotado o pressuposto de validade normativa dos princípios, demanda a observância destes enunciados para guiar a aplicação das normas à circunstância concreta. Este argumento se reforça tendo em vista o risco de se mascarar decisões administrativas irresponsáveis em relação à proteção ao meio ambiente sob a justificativa de critérios estrategicamente posicionados como técnicos. Ainda que não seja desejável elencar um princípio abstrato como razão suficiente para se decidir, tampouco é razoável ignorar os fundamentos a partir dos quais determinados instrumentos da PNMA estão inseridos no ordenamento jurídico.

2. Disposições da Constituição Federal de 1988

a. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado

A Constituição Federal de 1988 não apenas recepcionou a Lei 6.938/81, como também cristalizou a preocupação com o meio ambiente como um dos pilares do Estado brasileiro. O exemplo mais evidente dessa preocupação do Constituinte é a redação do artigo 225, segundo o qual “[t]odos 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.” (BRASIL, 1988). Mesmo apontado como dispositivo central para a compreensão da tutela constitucional sobre o meio ambiente, o artigo 225 é apenas um dos doze dispositivos que tratam diretamente sobre o tema, isto sem contar os demais dezesseis que fazem alusão indireta ao meio ambiente, conforme constatado por ARAÚJO; VIANA; e VIANA (2019).

A perspectiva da Carta Magna seguiu a tendência do Direito brasileiro do século XX, o qual havia passado anteriormente pelas fases privatista/de proteção pontual aos bens naturais¹⁵, e intermediária/de codificação¹⁶, e consolidou o período de proteção holística, em que há a criação de um sistema integrado em defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. (PADILHA, 2010) Nesse paradigma mais complexo, enfatizam-se os postulados de que (i) o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado se estende para além das fronteiras espaciais e temporais, por incluir as gerações anteriores e futuras, e ainda contemplar brasileiros e estrangeiros; (ii) a obrigação de se defender o meio ambiente é compartilhada entre a coletividade e o Poder Público; e (iii) o meio ambiente é bem de uso comum do povo e imprescindível à sadia qualidade de vida, o que significa que é bem impassível de disponibilidade nem por parte da pessoa pública tampouco por parte da privada (SILVA, 1997).

Nessa órbita, inclusive, há que se ressaltar a defesa do meio ambiente como princípio da atividade econômica, conforme o prevê o inciso VI do artigo 170 da Carta Federal, elemento que reafirma a necessidade de se compreender a regulação ambiental como elemento inerente

¹⁵ Fase caracterizada por uma legislação fragmentada e desarticulada, predominantemente relacionada a elementos setoriais do meio ambiente. Esta fase inicial é compreendida desde as legislações do período imperial herdadas da Colônia (as Ordenações) até os Decretos de Vargas. No segundo grupo se destacam o Decreto 24.643/34 – Código das Águas, o Decreto-lei 2.848/40 – Código das Minas, e disposições do Decreto-lei 2.848/40 – Código Penal (PADILHA, 2010).

¹⁶ Fase que se inicia posteriormente à Segunda Guerra Mundial e se estende até o fim da década de 60. Tem por características essenciais a edição de legislações esparsas que visam à utilização dos recursos naturais e o controle das atividades que os exploram; e a ênfase na distribuição de competências entre os entes federados. Como exemplos de normas desta fase, temos a Lei 4.771/65 – Antigo Código Florestal, a Lei 5.197/67 – Código da Fauna, e o Decreto-lei 221/67 – Código da Pesca (PADILHA, 2010)

à atividade estatal de regulação da economia. Pela força normativa do texto constitucional, “o crescimento ou desenvolvimento socioeconômico deve portar-se como um instrumento, um meio eficaz para subsidiar o objetivo social maior [...] as atividades econômicas não poderão, de forma alguma, gerar problemas que afetem a qualidade ambiental” (MILARÉ, 2007, p. 149). MILARÉ (2018) igualmente explica que a tendência de se constitucionalizar o direito ao meio ambiente é tendência que surge nas constituições formuladas a partir da década de 1970, como as do Chile, Panamá, Grécia, Portugal, Polônia, Argélia e Peru.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal sufraga o amplo alcance das normas de proteção ao meio ambiente, e a impossibilidade de se legitimar o desenvolvimento econômico de forma destacada da proteção ambiental, conforme se pode observar na decisão de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540, Relator Ministro Celso de Mello. Assim defendeu o ministro na ocasião:

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que rege, está subordinada, dentre outros (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina.

[...]

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a inovação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2005, pp. 2-3)

b. Cooperação entre os entes federados para a proteção do meio ambiente

No marco de 1988, houve a reafirmação de um Estado sob a forma federativa, em que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal fazem parte da organização político-administrativa da República, mas mantêm relação de autonomia entre si, nos termos dos artigos 1^o¹⁷ e 18¹⁸. A lógica operacional desse sistema provém do binômio soberania/autonomia das

¹⁷ Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. (BRASIL, 1988)

¹⁸ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

distintas pessoas jurídicas que o compõem, sendo a primeira o poder de autodeterminação plena, não condicionada por nenhum outro poder e a segunda a capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano. A partir desse binômio, o Estado brasileiro se estruturou de maneira complexa, de forma que, em diferentes parcelas do território, são vigentes distintos ordenamentos jurídicos, o que seria justificado por uma maior eficácia da ação estatal, posto que seriam evitados conflitos e desperdício de recursos (MENDES, 2015).

Nessa seara, o modelo de descentralização do Estado no federalismo traz como benefícios promover a descentralização do poder, o que o torna mais sensível às demandas de sociedades heterogêneas; privilegia a participação mais próxima dos cidadãos no processo político; e permite as chamadas inovações e experimentações institucionais no processo de administração (DORF, 2018). Por outro lado, apontam-se como problemas da descentralização o dispêndio com a auto-organização local; o conflito entre usuários locais de recursos naturais; a falta de investimento das entidades locais na regulamentação do uso dos recursos naturais; o receio de a autoridade central derrubar as decisões inferiores; e a ocorrência da captura do poder dos Estados e Municípios pelas elites locais (SCHMITT; SCARDUA, 2015).

A escolha de otimização da ação estatal, desta forma, transparece na divisão de competências¹⁹ entre os entes federativos, uma vez que é na escolha dessa divisão que o Constituinte poderá privilegiar ou reduzir o escopo de atuação e poder de um ente federativo em relação a outro no ordenamento jurídico-político criado. Quando optar por posicionar determinada competência no campo comum, concorrente ou privativo da União e/ou dos Estados/Municípios, o legislador estará moldando como coabitarão distintas normas no espaço, e o espaço de discussão de distintas maneiras, a depender da esfera de competência do ente.

No atinente à temática de proteção ao meio ambiente, a situação não poderia ser diferente, e a Constituição confere duas formas de tratamento desta obrigação estatal. Em primeiro lugar, temos o caráter holístico da defesa do meio ambiente equilibrado, em continuidade ao marco normativo da Política Nacional do Meio Ambiente. No *caput* do célebre artigo 225, essa concepção está evidenciada pelo uso da expressão genérica “Poder Público”. Com base nessa expressão, depreende-se que as obrigações veiculadas no artigo em questão dizem respeito a todos os entes federativos, e não haveria distinção acerca de qual ente federativo seria responsável por garantir o meio ambiente equilibrado, sendo relevante o uso de

¹⁹ O conceito de competência utilizado pelo presente trabalho consiste na incumbência que um ente estatal ou órgão público possui em face da coletividade e de outros órgãos e entes estatais, seria uma prerrogativa a partir da qual se estrutura a organização político-administrativa do Estado, e da Federação. (FARIAS, 2013)

“Poder Público” apenas para diferenciar Estado de sociedade, dois coagentes da proteção ao meio ambiente equilibrado (SILVA, 1997).

Já a segunda forma está prevista nas regras de organização político-administrativa da República. O artigo 23 da Constituição prevê como competência comum para União, Estados, Municípios e Distrito Federal (i) a proteção das paisagens naturais notáveis (inciso III); (ii) a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em qualquer das suas formas (inciso VI), e (iii) a preservação das florestas, da fauna e da flora (inciso VII). No mesmo dispositivo, o parágrafo único prevê que *“leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”* (BRASIL, 1988). Decerto, existe uma diferença entre a competência legislativa e a competência administrativa em relação à política de meio ambiente, sendo que a primeira diz respeito ao ente competente para legislar sobre a preservação do meio ambiente, situação essa prevista no artigo 24, inciso VI. Por outro lado, a competência do artigo 23 diz respeito à esfera administrativa, à forma de se implementar as normas de proteção ao meio ambiente, gênero do qual o licenciamento ambiental é espécie. No corpo deste artigo, especificamente no parágrafo único²⁰, estipulou-se que leis complementares devem fixar normas para a cooperação entre os entes federativos com o objetivo de se atingir o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar. Isto significa que o legislador complementar seria o responsável por definir as regras de coordenação entre os diferentes entes federativos no que tange ao responsável pela realização dos objetivos constitucionais, dentre elas, a regra do licenciamento ambiental.

Ademais, como elemento inerente à redação do parágrafo único do artigo 23, o legislador constituinte adotou o federalismo cooperativo para fundamentar a relação entre União, Estados e Municípios na aplicação da política ambiental. A definição de federalismo cooperativo, embora não seja consensual na doutrina de acordo com CAPUANO (2018), surge no contexto de fortalecimento dos poderes da União em face dos Estados. Essa forma de federalismo consiste na *“possibilidade, em certo Estado Federal, de cooperação intergovernamental para o atendimento dos fins comuns da sociedade, relacionados a questões socioeconômicas e culturais, por meio de programas e financiamentos conjuntos.”* (CAPUANO, 2018, p. 40).

²⁰ Art. 23. [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Esse conceito se opõe ao de federalismo centralizado, em que os estados e governos locais se transformam em verdadeiros prolongamentos administrativos da autoridade central, a qual possui forte envolvimento nos assuntos subnacionais, predomina nos processos de decisão e controla os recursos financeiros (ALMEIDA, 2005). Ambas as definições surgiram a partir de uma perspectiva mais contemporânea de se abordar a estrutura dos Estados federativos que não eram completamente explicadas pela clássica, voltada ao federalismo dual e, segundo a qual os governos central e estadual possuem esferas distintas de competência e soberania as quais agem de maneira separada e independente. O modelo mais clássico desse tipo de federalismo é o da Constituição dos Estados Unidos, originariamente proposto para prever um Governo federal com atribuições enumeradas e os Estados-membros da federação assumindo as demais competências. (ALMEIDA, 2009)

Dentro do espectro cooperativo, há a adoção de práticas que devem compatibilizar o preceito da solidariedade com o da igualdade substancial entre as pessoas políticas, de forma a se equilibrar as assimetrias inerentes ao regime federativo. Isso está relacionado à adoção das modalidades colaborativas²¹, as quais teriam por objetivo a realização de acordos entre diferentes instâncias governamentais para que haja uma contribuição entre estas para se realizar os objetivos estatais firmados no Direito, como seria o caso do estabelecimento de convênios (CAPUANO, 2018).

A aplicação concreta desse enunciado, todavia, se mostrou limitada por considerável período de tempo, até a edição da Lei Complementar 140/2011, porque essa foi a primeira lei complementar que efetivamente buscou estabelecer normas de cooperação entre os entes federativos. Por esta razão, para a realização do licenciamento ambiental, foram adotados diferentes entendimentos e critérios para se determinar (i) a quem caberia realizar o licenciamento ambiental e (ii) se apenas esse ente deveria realizar o procedimento.

3. Divisão de competências segundo a Resolução 237/97

A redação do artigo 10 da Lei 6.938/81 anterior à Lei Complementar 140/2011, estabelecida pela Lei 7.804/89, privilegia o licenciamento realizado pelo órgão ambiental estadual, e estabelece a competência suplementar do IBAMA “*sem prejuízo de outras licenças*

²¹ “*Conjunto de técnicas, meios e instrumentos que permitem ação concertada, sem romper o equilíbrio federal e abolir os dados constitucionais existentes*”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de estado na Constituição de 1988. *Revista de direito constitucional e internacional*. V. 14/1996, p. 16-26, jan-mar/1996 apud CAPUANO, 2018)

exigíveis” (BRASIL, 1981). O mesmo dispositivo prevê, no parágrafo 4^{o22}, a sua competência para realizar, a nível de União, o licenciamento ambiental e, ainda, a responsabilidade da autarquia para homologar os licenciamentos realizados pelos órgãos estaduais nas situações em que o CONAMA regulamentar como necessárias, nos termos do parágrafo 2^{o23} do mesmo artigo.

A regulamentação do artigo 10, todavia, sobreveio através da Resolução 237/97, a qual estabeleceu em seu artigo 7^{o24} o licenciamento único, isto é, realizado por apenas um ente da Federação; e regulamentou a repartição das competências entre o órgão federal (IBAMA), os estaduais e os municipais. Em um primeiro aspecto, ele foi previsto como órgão competente para realizar o licenciamento de empreendimentos ou atividades “*com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional*”, que teriam por critérios (i) a titularidade/dominialidade das terras (regiões de fronteira, mar territorial, zona econômica exclusiva, terras indígenas, unidades de conservação geridas pela União); (ii) o caráter supra estadual (impacto em mais de um Estado); (iii) o caráter transnacional (maior que os limites fronteiriços do País ou dos Estados); (iv) a presença de material radioativo na operação ou empreendimento ou uso de energia nuclear; e (v) o exercício em base ou empreendimentos militares.

Mais adiante, a Resolução elenca as hipóteses de competência dos órgãos estaduais e do Distrito Federal, que se tratarão das atividades e empreendimentos segundo os critérios (i) de caráter supra municipal (localizados ou desenvolvidos em mais de um Município); (ii) da dominialidade das unidades de conservação (aquelas sob o domínio estadual ou do Distrito Federal); (iii) do tipo de proteção conferida à área da atividade (localizados em área florestal ou área de preservação permanente²⁵); e (iv) de prévia delegação por parte do IBAMA²⁶. Finalmente, há competência do órgão ambiental do Município apenas segundo os critérios do âmbito de impacto (local, dentro da área municipal) e o da delegação.

²² Art. 10. [...] § 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

²³ Art. 10. [...] § 2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA.

²⁴ Art. 7º - Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores.

²⁵ A previsão da Resolução se refere ao artigo 2º da Lei 4.717/65 e a todas as demais áreas que forem consideradas como de preservação permanente segundo as legislações federais, estaduais e municipais. Deve-se ressaltar, a título de observação, que a referida lei é o antigo Código Florestal, que foi expressamente revogado pelo artigo 83 da Lei 12.651/2012, atual Código Florestal.

²⁶ De acordo com o art. 4º, §2º, da mesma Resolução, a delegação será realizada para atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional e não abrangerá a competência supletiva do IBAMA.

A regulamentação prevista nessa norma, embora tenha delimitado de maneira mais objetiva a quem caberia realizar o licenciamento ambiental, não se mostrou suficiente para atender às demandas do país, tampouco passou incólume pelo crivo dos doutrinadores. Em primeiro lugar, BIM (2018) aponta que as ações judiciais para se delimitar a quem cabe realizar o licenciamento ambiental são “campeãs” quando o assunto é disputas judiciais envolvendo meio ambiente. Quanto ao segundo ponto, houve também severas críticas à Resolução. Antes de sua edição, José Afonso da Silva, interpretando o artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal, entendeu que as competências seriam distribuídas da seguinte forma: as atividades cujos limites físicos estão circunscritos ao Município devem ser por este administradas; aquelas cujos efeitos extrapolam os limites municipais e/ou que abrangem mais de um município estão inseridas na competência do Estado; e quando a matéria envolver problemas internacionais de poluição transfronteiriça ou envolver mais de uma unidade da federação, será atraída a competência da União. (SILVA, 1992)

Por outro lado, MACHADO (2003) sustenta a invalidade formal da Resolução pelo fato de que, pela redação do mesmo dispositivo constitucional, apenas lei complementar poderia versar sobre distribuição de competências. Segundo seu entendimento, há distinção entre o poder regulamentador do CONAMA para instituir normas e critérios para o licenciamento e o poder de atribuir competência aos entes para licenciarem. Dessa forma, quando a Resolução instituiu os critérios dos artigos 4º ao 6º, esta teria alterado lei federal e incorrido em inconstitucionalidade. (MACHADO, 2003)

Além disso, o autor defende a tese de licenciamentos múltiplos, em oposição à de licenciamento único, por entender que será possível haver empreendimentos que seriam do interesse tanto da União quanto dos Municípios. Dada a amplitude dos conceitos de nacional e regional, o escopo de atuação do IBAMA seria incerto e, para se assegurar maior proteção ao meio ambiente, seria necessária a obtenção da licença em mais de um nível governamental. Dessa forma, um exemplo de empreendimento que naturalmente atrairia a competência da União, para o autor, seriam aqueles realizados sobre as áreas de patrimônio nacional delimitadas pelo artigo 225, parágrafo 4º: “a *Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira*” (BRASIL, 1988). Na outra via, seriam de interesse regional os empreendimentos cujo impacto ultrapassaria as fronteiras de um Estado apenas, e ainda haveria interesse do IBAMA em licenciar sobre as áreas de fronteira (MACHADO, 2003), requisitos que estariam abrangidos pelos critérios da Resolução 237, mas seriam formalmente inconstitucionais para o autor.

A soma desses elementos – caráter indispensável da licença ambiental, incerteza acerca do poder discricionário do órgão ambiental em face da aparente vinculação do ato, previsão de competência comum para implementar a PNMA sem uma regulamentação específica, e o pouco poder vinculante da Resolução 237, foi razão de insegurança jurídica para os agentes públicos e, sobretudo, os interessados. Em situações-limite, por exemplo, o Judiciário deixou de aplicar a pena por desmatamento sem autorização tendo em vista que o acusado havia obtido a licença do órgão ambiental. Segundo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região²⁷, não seria legítimo penalizar o administrado que procurou obter a licença em virtude de divergências acerca de quem seria a autoridade competente para expedi-la, como seria, no caso em comento, entre a Secretaria de Desenvolvimento do Estado de Rondônia e o IBAMA (BRASIL, 2019). Destarte, foi necessária a intervenção do legislador para se pôr termo à situação de disputa entre órgãos e incerteza para quem precisasse pleitear a licença.

²⁷ Nos termos do voto do relator: “o órgão estadual possuía competência para emitir o referido licenciamento, e, ainda que assim não fosse, não se mostra legítimo penalizar o apelado, que procurou agir com a devida autorização, em virtude de supostas divergências na competência dos órgãos ambientais. Tendo por escopo a proteção, a defesa e a conservação do meio ambiente equilibrado, as políticas e ações dos órgãos responsáveis devem ser harmonizadas, de modo a evitar sobreposição de atuação entre os entes federativos e garantir a isenção de conflitos de atribuições.” (BRASIL, 2019, p. 3)

CAPÍTULO 2 – LEI COMPLEMENTAR 140/2011: UM PASSO EM DIREÇÃO AO FEDERALISMO COOPERATIVO?

Face ao cenário de insegurança jurídica que imperou diante da não-regulamentação do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, surgiu uma série²⁸ de proposições no Legislativo Federal para se colocar termo às discussões e regulamentar a cooperação dos entes federativos para a proteção ao meio ambiente, no que inclui a competência para licenciamento ambiental. Em dezembro de 2011, foi sancionada a Lei Complementar 140/2011, que se originou do PLP 12 de 2003.

A estrutura da lei anuncia sua pretensão ao se dividir entre capítulos de considerações iniciais e finais, de instrumentos de cooperação e de ações de cooperação. Dentro dos instrumentos de cooperação, a lei enuncia as modalidades de colaboração já existentes no Direito pátrio (convênios e consórcios públicos) e prevê novas, como os fundos públicos e privados e as Comissões Tripartite. Nas ações de cooperação, pode-se observar a divisão entre as atribuições administrativas da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Outrossim, pela primeira vez, a lei trouxe uma definição sobre o que seria o licenciamento ambiental. De acordo com o artigo 2º, inciso I, o licenciamento é “*o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental*” (BRASIL, 2011). O cotejo entre esta definição e a da Resolução 237/97 exposta anteriormente demonstra que não houve alteração substancial da definição, de forma que não é necessário expor esta conceituação como inovação trazida pelo legislador complementar.

As principais mudanças implementadas pela lei no que se refere à delimitação de competência para o licenciamento ambiental consistem em: (i) positivação do licenciamento em única instância; (ii) supressão do critério do impacto para se determinar o ente competente para realizar o licenciamento; (iii) previsão taxativa das competências da União e dos Municípios; (iv) previsão de competência residual para os Estados; (v) atribuição de efeitos *ex nunc* a essa divisão; e (vi) instituição do preceito do licenciador fiscalizador primário.

²⁸ A título de exemplo, MACIEL (2010?) realizou estudo com as seguintes propostas que tramitavam nas Casas do Legislativo em julho de 2010: Projeto de Lei Complementar (PLP) 12, de 2003; Projeto de Lei Complementar 388 de 2007; Projetos Substitutivos do PLP 12/2003, elaborados pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR) e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados; Emenda Substitutiva Global de Plenário 01/2009; e Projeto de Lei da Câmara 01/2010.

Sua vigência no ordenamento jurídico causou relevante discussão em relação ao impacto das novas regras dentro da sistemática holística de proteção ao meio ambiente, como se pode observar no processo de emissão e revisão de orientações jurídicas normativas no âmbito do IBAMA e no ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade pela Associação Nacional dos Servidores da Carreira e Especialista em Meio Ambiente e PECMA – ASIBAMA NACIONAL. Destarte, o presente capítulo terá por objeto evidenciar cada uma dessas mudanças e apontar o contraste e integração dessas regras dentro da concepção jurídica vigente, bem como trará a discussão os argumentos aventados pela ADI ainda a ser julgada.

Ademais, a título de observação, registre-se que há referências à Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, instância competente para dirimir conflitos²⁹ em que a União Federal figure como interessada ou parte. Escolheu-se o recorte metodológico, pois, em primeiro lugar, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são Cortes responsáveis pela harmonização da jurisprudência nacional e, segundo a doutrina das Cortes supremas (MITIDIERO, 2014), são Tribunais que não comportam ampla cognição fática na sua competência de Cortes recursais. Como o critério adotado pela Resolução 237/97 se submete essencialmente aos aspectos fáticos do impacto ambiental, seria pouco provável encontrar discussão de matéria fático-probatória nessas Cortes.

Em segundo lugar, especificamente em relação ao Superior Tribunal de Justiça, escapa também de sua competência a apreciação de normas infralegais³⁰, como seria o caso da Resolução 237/97, o que limita o viés cognitivo do Tribunal em relação ao tema. Além disso, ainda que haja a previsão do artigo 102, inciso I, alínea *f* da Constituição em que se estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar “*as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros*” (BRASIL, 1988), salvo casos pontuais³¹, a Corte compreende que o conflito de competência entre os

²⁹ Conforme previsto na Constituição Federal: Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

³⁰ Neste sentido, assinala-se o voto do Ministro Gurgel de Faria, relator do AgInt no Recurso Especial 1.387.686/PR: “a modificação do julgado, nos moldes pretendidos, não depende de simples análise do critério de valoração da prova, mas do reexame dos elementos de convicção postos no processo, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

Além disso, o elemento ‘transestadual’ está definido na Resolução do CONAMA n. 237/97 – como menciona o aresto recorrido e reproduz o DNPM nas razões recursais (e-STJ fls. 1019 e 1145/1146) –, diploma não inserido no conceito de lei federal, para fins de interposição de recurso especial (AgInt no AREsp 1187969/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018).” (BRASIL, 2018, pp. 4-5)

³¹ A título de exemplo: ACO 593 - QO, 07/06/2001, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 182/420; e Rcl 12957/AM, Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 26/08/2014;

órgãos licenciadores não possui densidade suficiente para vulnerar o pacto federativo³², evidenciado o caráter técnico da matéria.

Dessa forma os conflitos resolvidos em matéria de competência para licenciar estão localizados no âmbito dos TRFs. Nesse bojo, dentre os Tribunais Regionais Federais, escolheu-se o da 1ª Região pois esta Corte abrange a maior quantidade de Estados e, com isso, também se abarcam boa parte dos biomas elencados pela Constituição como patrimônio nacional (Floresta Amazônica, Pantanal Mato-Grossense, e Zona Costeira) sob sua jurisdição.

1. Licenciamento em única instância administrativa

A previsão de licenciamento realizado em única instância consiste em determinar que, uma vez delimitada a competência de um ente federativo para realizar o licenciamento, é defesa a realização do procedimento por outro órgão governamental. Na Lei Complementar 140/2011, essa característica está prevista no artigo 13, nos seguintes termos:

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. (BRASIL, 2011)

O estabelecimento desse critério, decerto, não é novo no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o artigo 7º da Resolução 237/97 já previa a competência única para realização do licenciamento. Entretanto, é possível identificar jurisprudência no sentido contrário a essa regra, como se pode observar no acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na Apelação/Reexame necessário 0000016-65.2010.4.01.3903, em que foi rememorado que

a obtenção de licenças estaduais não afasta a obtenção de licenciamento ambiental perante o IBAMA, na medida em que este egrégio Tribunal possui entendimento jurisprudencial no sentido de que, “*em se tratando de exploração de atividade potencialmente poluidora do meio ambiente, a competência do ente municipal e/ou estadual, para o licenciamento ambiental, não exclui a competência supletiva do IBAMA, que se impõe, em casos assim, em face da tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha autoaplicável de imposição ao poder público (incluído o Poder Judiciário) e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, para as presentes e gerações futuras (CF, art. 225, caput), tudo em harmonia com o princípio da precaução, já consagrado em nosso ordenamento jurídico*”. (AG

³² São exemplos os seguintes casos: Rcl 15293 AgR, Rel. Min. Rosa Weber. DJ 10/04/2014; ACO 2991 AgR/PA. Rel. Min. Rosa Weber. DJ 06/10/2017; ACO 2550 AgR/RJ. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 07/05/2018.

De toda sorte, através da Lei Complementar 140/2011, essa é a primeira vez que se tem previsão do tipo a nível de legislação infraconstitucional, o que pode ser considerado uma manifestação final do legislador em relação à constitucionalidade do referido artigo. Justifica-se a adoção do licenciamento único para privilegiar “*que os entes administrativos atuem em suas respectivas jurisdições, cada um trabalhando com determinados tipos de atividades, porque a atuação integrada tende a ser mais objetiva na consecução do objetivo maior do licenciamento*” (FARIAS, 2013, p. 119).

Em complementação a esse requisito, a legislação trouxe o conceito de atuação supletiva, que corresponderia à ação de um ente federativo em substituição ao ente originariamente responsável em realizar determinado ato, quando houve previsão na Lei Complementar. Na atuação subsidiária, por sua vez, haveria o auxílio de um ente da Federação em relação a outro quando preenchidos os critérios de (i) realização de competência comum aos entes e (ii) solicitação da atuação pelo ente originariamente detentor das atribuições nos termos da mesma lei (BRASIL, 2011).

Para a configuração da competência supletiva, a Lei prevê duas hipóteses. A primeira se refere ao decurso de prazo para apreciação do pedido de licenciamento, sem que haja uma resposta do ente competente, conforme previsto no artigo 14, §3º³³, da norma, a segunda consistiria na inexistência de um órgão ambiental capacitado para realizar o licenciamento no âmbito da autoridade competente, de forma que o governo mais amplo assumiria a competência do mais restrito, segundo a inteligência do artigo 15³⁴. Isto significa, por exemplo, que, na inexistência ou incapacidade do órgão ambiental estadual competente, a competência para o licenciamento será deslocada para o IBAMA. Nesse ponto, há relevante mudança em relação à

³³ Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

§ 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15. (BRASIL, 2011)

³⁴ Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

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

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

III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos. (BRASIL, 2011)

regulamentação da Resolução 237/97, pois ela previa a atuação supletiva tão somente como uma sanção ao órgão competente que descumprisse os prazos de licenciamento.

Não por acaso, a constitucionalidade desses dispositivos está sendo questionada no bojo da ADI 4757, ajuizada pela ASIBAMA, não julgada à época até a conclusão deste trabalho. Segundo a petição inicial da Associação, os referidos artigos da legislação complementar instituem delegação automática do dever de proteção ambiental de um ente da federação para outro. Essa previsão, que pressupõe uma inércia tanto temporal quanto estrutural do governo competente, permitiria que uma omissão dos poderes locais ocasionasse o sobrecarregamento de atribuições de outros órgãos ambientais. Nessa seara, a requerente se valeu da acepção holística da proteção ao meio ambiente insculpida no artigo 225 da Constituição Federal para argumentar que o dever de zelar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser renunciado por nenhum braço do poder estatal. (STF, 2012)

Por outro lado, foi emitida a Orientação Jurídica Normativa 43/2012/PFE/IBAMA no âmbito do IBAMA, em que foi apontada a existência de um subjetivismo em torno de conceito de incapacidade para configurar a atuação supletiva. Diante disso, o entendimento da Procuradoria Federal junto à autarquia foi de que deveria ser utilizado o conceito de incapacidade previsto na lei como requisito para delegação de competência mediante modalidades colaborativas, que seria a presença de um corpo técnico próprio “*ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas*” (BRASIL, 2011). Entretanto, a Procuradoria Federal entendeu ser ainda bastante subjetiva essa definição porque o fluxo de demandas de licenciamento não seria constante, o que implicaria momentos em que a quantidade de funcionários técnicos dos órgãos ambientais locais ora seria insuficiente, ora seria excessiva em relação à demanda. (BRASIL, 2012)

Por conseguinte, com base na discricionariedade administrativa da autarquia, foram sugeridas as seguintes ações: (i) a autarquia apenas pode admitir a competência supletiva caso ela reconheça que o órgão local não detém a capacidade para realizar o licenciamento, o que deverá ser comunicado mediante ofício; e (ii) caso o órgão local não reconheça sua incapacidade, poderá haver ajuizamento de ação ou a manifestação nas consultorias especializadas do IBAMA acerca de soluções procedimentais para promover a participação dos órgãos interessados dentro do processo administrado pelo competente. (BRASIL, 2012)

Em conclusão do tópico, pode-se depreender que a legislação pôs termo à discussão acerca de quantos entes federativos eram responsáveis por realizar o licenciamento, e estruturou

relações de participação não vinculativa e instauração de competência supletiva para que a inércia do Poder Público não signifique ausência de proteção ao meio ambiente. É de se anotar, todavia, que a ausência de critérios objetivos para se instaurar a competência supletiva, bem como o critério de “reconhecimento da incapacidade pelo ente central”, traduzem padrões não desejáveis de deslocamento de competência, posto que podem existir diferentes interesses na atração de competência para um ou outro órgão federativo.

2. Reconfiguração das competências

Quanto ao tema de distribuição de competências, a Lei Complementar 140/2011 optou por ora adotar as mesmas expressões da Resolução 237/97 CONAMA, ora se omitir em relação às disposições da resolução, prevendo, ainda, novas competências para os entes governamentais. Para melhor realizar o cotejo entre o sistema de distribuição discriminado na resolução e o da novel legislação, foram esquematizados os Quadros 1, 2 e 3, a seguir expostos:

QUADRO 1 – Competências da União

Resolução 237/97 CONAMA	Lei Complementar 140/2011
Art. 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:	Art. 7º São ações administrativas da União: [...] XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida à União;
I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.	XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas; d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;	e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados	
IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;	g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.	f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças

	Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;
	h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;
	Parágrafo único. O licenciamento dos empreendimentos cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira será de atribuição da União exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento

QUADRO 2 – Competências dos Estados

Resolução 237/97	Lei Complementar 140/2011
Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:	Art. 8º São ações administrativas dos Estados: [...]XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;
I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;	
II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;	
III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios	
IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio	
	XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

QUADRO 3 – Competências dos Municípios

Resolução 237/97	Lei Complementar 140/2011
Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem	Art. 9º São ações administrativas dos Municípios: [...] XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.	<p>a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou</p> <p>b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);</p>
--	--

a. Supressão do critério do impacto da atividade

Em primeiro lugar, o que se observa é a supressão do critério da abrangência dos impactos para fixação da competência de um ente federativo para realizar o licenciamento ambiental. De acordo com a resolução, todos os entes federativos possuiriam competência para licenciar empreendimentos dentro de determinada abrangência de impacto.

Primeiramente, a União era responsável por licenciar aqueles empreendimentos de “*significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional*”, nos termos da redação antiga do parágrafo 4º, do artigo 10, da Lei 6.938/81. Para a Resolução 237/97, essa competência estaria configurada caso os impactos ambientais diretos da atividade ultrapassassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados, dentre outras hipóteses. Em simetria a esse requisito, a mesma resolução vinculou a competência dos Estados às atividades cujos impactos ultrapassassem os limites de um ou mais Municípios, e a dos Municípios àquelas atividades de impacto local.

Todavia, o parágrafo 4º da Lei 6.938/81 foi revogado expressamente pelo artigo 21 da Lei Complementar 140/2011, e, segundo a OJN 43/2012/PFE/IBAMA, o critério da abrangência do impacto da atividade foi revisto pelo legislador. (PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO IBAMA, 2012) Segundo a orientação, mediante leitura sistemática, o fundamento da competência do IBAMA para licenciar atividades de impacto nacional ou regional não mais se encontra no artigo 4º, *caput*, da Resolução 237/97, haja vista que este artigo seria a cópia do §4º do art. 10 da Lei 6.938/81, expressamente revogado pela LC 140/2011.

Dessa forma, a União e os Estados não mais seriam competentes para licenciar um empreendimento por ocasião da abrangência de seu impacto ambiental. A única ressalva a ser

feita seria a continuidade do impacto local como requisito que atrai a competência dos Municípios, atualmente vigente no artigo 9º, inciso XIV, alínea *a* da Lei Complementar³⁵.

A redução desse critério para determinar a competência e a manutenção do critério da localidade da atividade fizeram com que um novo sistema fosse desenhado, uma vez que os estudos de impacto ambiental não vinculariam a autoridade competente para realizar o licenciamento. Por outro lado, a previsão de apenas o critério da localidade para determinar o órgão licenciador foi severamente criticada pela Requerente da ADI 4757. A ASIBAMA sustentou a inconstitucionalidade dessa previsão com base no argumento de que a competência da União teria sido reduzida e desatrelada da significância do impacto ambiental.

Segundo a associação, a sociedade e o meio ambiente são fragilizados com a retirada do empreendimento da alçada do IBAMA, pelo fato de que a poluição desconhece fronteiras e que apenas o ente federal representa a integralidade da nação. Sustentou-se pragmaticamente que a autarquia federal seria o órgão integrante do Sisnama com a melhor estrutura para realizar os estudos complexos pertinentes ao licenciamento de atividades de alto impacto. Em concomitância a esta tese, o legitimado apontou que o critério da localidade coloca na alçada do ente federal uma “infinitude” de licenciamentos de baixa complexidade, os quais constituiriam desperdício de recursos públicos. Alega, ainda, que a lei torna o IBAMA inerte face a empreendimentos que geram impacto em terras próximas das federais.

O comentário cabível neste ponto é de que se trata essencialmente da resposta ao questionamento: quais atividades demandam o interesse direto da União? A legislação complementar retirou o critério “impacto” do interesse e consolidou apenas “domínio”, o que se mostra problemático. É que a instituição de uma União para a federação representa aglutinação de diversos interesses sobre uma entidade superior a seus componentes. Nesse raciocínio, não se cria mais uma pessoa de governo semelhante às predefinidas, mas se estabelece um outro nível de governo, que possui interesse sobre a coletividade. O tratamento de interesse da União na simples forma de empreendimentos realizados sobre seus bens se mostra, dessa forma, contraditório com a ideia de federação.

b. Taxatividade da competência da União e dos Municípios

³⁵ Embora esteja presente o requisito do impacto local, a lei condicionou a competência à regulamentação dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, e a critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade. Isto significa que houve uma mudança substancial na disposição, e foi facultado ao Estado determinar a abrangência da competência municipal.

Outra alteração proveniente da lei complementar foi a taxatividade das competências da União e dos Municípios, que ocorreu em concomitância com a previsão da competência residual dos Estados para licenciar as atividades que não estariam expressamente sob competência de outro ente governamental.

Por parte da União, o que se pôde observar foi a manutenção de suas competências prévias, com exceção dos licenciamentos com impactos regionais ou nacionais, e a previsão de duas novas hipóteses, a depender de regulamentação da recém-criada Comissão Tripartite Nacional. Esse sistema foi criado na Lei Complementar 140/2011 como um instrumento de cooperação institucional entre os entes federativos, composto paritariamente por representantes dos Executivos federal, estadual e municipal e teria sua organização e funcionamento regidos por seus regimentos internos.

Na primeira nova hipótese, o Presidente, após apresentação da proposta pela Comissão Tripartite, deve baixar decreto que prevê tipologia de demais competências da União, considerando-se os critérios de porte, potencial poluidor e natureza do empreendimento. Em 2015, esse comando foi finalmente atendido, e o artigo 3º do Decreto 8.437/2015, passou a prever outros empreendimentos sob competência da União, como implantação de rodovias e ferrovias federais e hidrelétricas. A segunda nova hipótese considera que através da mesma regulamentação por decreto presidencial, ouvido o Sistema Tripartite, serão previstos os casos de competência da União para licenciar empreendimentos localizados concomitantemente em áreas de faixa terrestre e marítima da zona costeira.

Em suma, no que tange à competência federal, foram mantidos os mesmos critérios da Resolução 237/97 (titularidade/dominialidade das terras; presença de material radioativo na operação ou uso de energia nuclear; e exercício em base ou empreendimentos militares), salvo o critério do impacto direto do empreendimento, abordado no tópico anterior. Relevante observar que, além do que se manteve, foram previstas novas possibilidades de competência da União, a depender de regulamentação presidencial por sugestão da Comissão Tripartite.

O ato de criação desse instrumento de cooperação, entretanto, foi impugnado na ADI 4757, tendo em vista que retiraria competência do CONAMA para regulamentar as questões do meio ambiente. Em observância ao princípio da legalidade, seria defeso à Comissão Tripartite criar obrigações não previstas em lei, razão pela qual a requerente pediu a declaração de inconstitucionalidade, sem redução do texto, para se fixar que as proposições da comissão não poderiam gerar normas com direitos e obrigações novas.

Pelo lado do Município, o movimento legiferante foi semelhante, mas apresentou efeito distinto. Manteve-se a delimitação da abrangência do impacto como critério principal para se determinar a competência municipal, sendo a primeira vez em que uma lei prevê a competência municipal para licenciar. A tendência de descentralização da política ambiental, todavia, foi iniciada com a Resolução 237/97, a qual previu, nos mesmos termos, o poder do Município de realizar esse processo. AGNES, *et. al.* (2013) veem essa escolha como benéfica para se atingir os fins da política ambiental, pois permitem desburocratizar o processo de licenciamento e, por consequência, assegurar um desenvolvimento mais sustentável.

A única inovação proposta em relação aos Municípios se refere aos empreendimentos instalados em unidades de conservação por eles delimitadas. Identifica-se, nesse dispositivo, o transplante do critério da titularidade/dominialidade do local da atividade para o escopo municipal, alteração normativa que, em última análise, manteve a lógica da localidade do empreendimento. Porém, levando em conta que a lei instituidora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei 9.985 foi promulgada apenas em 2000, entende-se que a ausência desta inovação na Resolução 237/97 se deu por simples falta de previsão das UCs na época de sua edição.

Portanto, no que se refere aos Municípios, a taxatividade do rol de competências não trouxe o mesmo impacto negativo que a do rol da União, porque não houve supressão de competências. Do mesmo modo, é aplicável o raciocínio crítico esposado pela ASIBAMA. Como a estrutura administrativa municipal é menor que a dos Estados e da União, há o risco de estes não comportarem o pessoal capacitado para analisar os pedidos de licenciamento, situação em que se aumentaria os riscos de empreendimento (AGNES *et. al.*, 2013). Foi possivelmente com base nesta premissa que o legislador complementar se limitou a manter as competências dispostas na resolução do CONAMA.

c. Competência residual dos Estados

Em complementação à taxatividade das hipóteses de competência da União e dos Estados, a Lei Complementar 140/2011 instituiu a competência residual dos Estados. Dito de outro modo, segundo a atual legislação, todas as atividades que não forem enquadradas nas competências federal ou municipal serão submetidas ao crivo do órgão ambiental estadual. O uso do pronome totalizante não vem por acaso, pois foi escolha expressa do legislador conceder ao Estados a competência primeira e residual para realizar o licenciamento ambiental. Eis os exatos termos do dispositivo:

Art. 8º. São ações administrativas dos Estados: [...] XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º; (BRASIL, 2011)

A comparação entre o artigo 8º do inciso XIV e a antiga redação do artigo 10 da Lei 6.938/81, que instituiu o licenciamento ambiental, revela a preponderância da atividade estadual para realizar o procedimento. A competência federal seria exercida pela Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA) nos casos a serem regulamentados por Resolução do CONAMA, e nas atividades de petroquímicos, cloroquímicos, instalações nucleares e outras previstas na lei. A SEMA era o órgão ambiental federal, vinculado ao Ministério do Interior, e foi incorporada à organização do IBAMA quando esta autarquia foi formada em 1989.

Segundo SCARDUA e BURSZTYN (2003), desde o nascedouro a PNMA se propõe descentralizada nos Estados, para permitir a experiência de democracia participativa em complementação à representativa. Essa mentalidade se justifica pela possibilidade de experimentação institucional dentro de uma federação tão díspar quanto a brasileira, tendo em vista a possibilidade de cada Estado realizar sua gestão ambiental. Todavia, o estudo realizado pelos autores citados atestou que as diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais entre os Estados podem explicar a diferença da eficácia da política ambiental pelo país.

Entretanto, a posterior redação desse artigo, com as alterações da Lei 7.804/89, alterou a competência federal para estipular o critério do impacto nacional ou regional, que foi regulamentado pela Resolução 237/97, como determinante para configurar a competência originária da União, e previu o caráter supletivo da competência do IBAMA. Essa atração de competências para a autarquia federal compôs parte de um movimento da União, entendido por SCARDUA e BURSZTYN (2003) como esparso e esporádico, na tentativa de estruturar o Ministério do Meio Ambiente, o IBAMA e órgãos seccionais de meio ambiente.

A retirada da competência sobre atividades de impacto regional ou nacional da União em consonância com a competência dos Estados exposta nesta seção impossibilita, ou ao menos dificulta, a interpretação realizada por Paulo Affonso Leme Machado sobre o ente competente para licenciar atividades localizadas nos biomas nacionais. Como visto no Capítulo 1, o autor propõe que a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal e a Zona Costeira (conforme previsão do artigo 225, §4º, da CF) estão inseridos no interesse nacional, transcendendo a competência local.

Com base nessas premissas, o Tribunal Regional da 1ª Região firmou a competência do IBAMA para realizar o licenciamento da Usina Termelétrica Porto do Itaqui, na ilha de São Luís/MA. A decisão, proferida na Apelação Cível 0025801-69.2008.4.01.0000, acolheu os fundamentos do Ministério Público Federal de que

a repercussão ambiental do empreendimento e sustenta a competência do IBAMA para o licenciamento aduzindo, em síntese, que:

- a) apesar da grande capacidade da UTE Porto do Itaqui, a Secretaria Estadual do Maranhão aceitou sua classificação como de pequeno porte e, com isso, exigiu apenas Relatório Ambiental Simplificado (destinado a empreendimentos de pequeno porte);
- b) a UTE localiza-se parcialmente no mar territorial, com previsão de utilização de grande quantidade de recursos hídricos;
- c) há previsão ainda do lançamento de efluentes processados na Baía de São Marcos (água oleosa, purga de caldeira, purga da torre de resfriamento, efluentes da dessalinização);
- d) há vícios manifestos no procedimento de licenciamento ambiental que demonstram a incapacidade técnica do órgão estadual para efetivá-lo;
- e) sua área de influência direta afetará cerca de 6% (seis por cento) de todo manguezal existente na Ilha de São Luís (quase um mil hectares);
- f) há a possibilidade de assoreamento das margens dos mangues e igarapés da região bem como chance de degradação dos mangues mediante a contaminação das águas subterrâneas. (BRASIL, 2008, p. 11)

Por compreender que a zona costeira abrange mais que o interesse local, fato este reconhecido pela Constituição Federal, a Corte entendeu a necessidade de atuação do IBAMA no licenciamento da usina termelétrica. Esse entendimento, contudo, se mescla com a competência para a elaboração dos estudos prévios de impacto ambiental e para a fiscalização de empreendimento. Por isso, é possível vislumbrar a mesma tese sendo utilizada pelo TRF da 1ª Região como fundamento, no julgamento do Agravo de Instrumento 0018353-06.2012.4.01.0000/MA, em que se salientou o seguinte:

a preservação da área em referência encontra guarida, inclusive, no texto constitucional, que classifica a mata atlântica como patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), cuja utilização subordina-se às disposições legais de regência, observadas, sempre, as condições que assegurem a preservação do meio ambiente, impondo-se, no caso, para fins de licenciamento ambiental, a realização de prévio Estudo de Impacto Ambiental e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA [...]

Neste visor, tenho convicção firmada no sentido de que em casos assim a simples anuência do órgão estadual não exclui a competência legal e constitucional do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, para participar da condução de todo o processo de licenciamento, aí incluída a realização do estudo de impacto ambiental – EIA, e do relatório de impacto ambiental - Rima, na qualidade de órgão executor da política nacional do meio ambiente, que inclui a preservação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais, visando planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais, bem assim a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas e proteção de áreas ameaçadas de degradação (alteração adversa das características do meio ambiente) (BRASIL, 2012, pp. 16-17)

Portanto, a reclassificação das competências para o licenciamento ambiental, a qual (i) manteve as competências dos Municípios, na tendência de descentralização; (ii) retirou da alçada da União os empreendimentos de maior impacto ambiental; (iii) estipulou novo órgão a regulamentar demais competências federais, sendo que há dúvidas acerca do respeito dessa disposição ao princípio da legalidade; e (iv) concedeu aos Estados competência residual para licenciar as hipóteses não previstas para os demais, realizando mudanças profundas no poder de polícia ambiental.

Nesse contexto, é possível afirmar que houve efetiva descentralização de competência da União para os Estados, tendo em vista que, desde 1997 (SCARDUA e BURSZTYN, 2003), todos os Estados-membros e o Distrito Federal dispõem de políticas ambientais locais e órgãos integrantes do Sisnama. Logo, ressalvado o juízo de incapacidade material, isto é, insuficiência de corpo técnico para atender às demandas, o poder licenciador dos Estados foi privilegiado pela legislação.

3. Instrumentos de cooperação

A Resolução 237/97 estipula a possibilidade³⁶ de delegação da competência originária do IBAMA de licenciar atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional para os Estados, mediante instrumento legal ou convênio, sendo recomendado pela norma que fossem uniformizadas as exigências. O mesmo é facultado aos órgãos estaduais³⁷, que podem delegar o licenciamento de atividades de impacto ambiental local mediante os mesmos instrumentos. A lei complementar não apenas manteve a possibilidade³⁸ de assinatura de convênios como também previu outros instrumentos de cooperação para se atingir os objetivos da política ambiental pátria.

Seguiu-se a tendência ventilada pela 2ª edição da Agenda 21 Brasileira, a qual, em seu Objetivo 17, elaborou como pauta prioritária³⁹ a “Descentralização e o pacto federativo:

³⁶ Art. 4º. [...] § 2º - O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.

³⁷ Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

³⁸ Art. 5º O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente.

³⁹ Segundo o documento: A boa governança recomenda a descentralização que vem se realizando por toda parte, mas em nenhum país como no Brasil esse processo assumiu a velocidade e a dimensão transformadora de um novo

parcerias, consórcios e o poder local” (BRASIL, 2004). O artigo 4º da LC 140/2011, nesse sentido, prevê seis categorias: consórcios públicos; convênios/acordos de cooperação técnica, e instrumentos similares; Comissões Tripartite e Bipartite; fundos públicos, privados e outros instrumentos econômicos; delegação de atribuições; e delegação de execução de ações administrativas de um ente a outro. (BRASIL, 2011)

O estabelecimento de formas de cooperação entre os entes federativos quanto ao licenciamento ambiental pode ser considerado um importante passo para se efetivar o federalismo cooperativo esposado comumente pela doutrina. Dentro das seis tipologias descritas, pode-se fazer a divisão com relação às manifestações de vontade exigidas, podendo ser bilaterais/multilaterais e unilaterais.

No primeiro grupo, temos convênios, consórcios públicos, as Comissões. Os convênios e consórcios públicos, em especial, são institutos previstos constitucionalmente⁴⁰ como formas de os entes federados se associarem para a consecução do interesse público. Os primeiros consistem em ato de cooperação associativa entre órgãos e entidades da Administração Pública, ou entre essa e particulares (CAPUANO, 2018), no qual cada um dos convenientes se compromete a determinadas obrigações em face do outro. CAPUANO (2018) registra, entretanto, que embora não se trate de obrigações puramente patrimoniais, a legislação que regulamenta os convênios possui indevida ênfase no caráter de repasse de verbas entre os celebrantes. Por outro lado, os consórcios públicos consistem em pessoas jurídicas formadas exclusivamente por entes públicos, através dos quais serão concretizados os objetivos de interesse comum dos celebrantes.

As Comissões Tripartite Nacional e Estaduais e Bipartite do Distrito Federal possuem como objetivo o fomento da gestão ambiental compartilhada e descentralizada, e são compostas paritariamente por membros da União, Estados e Municípios, ou União e Distrito Federal. A lei prevê apenas a competência da Comissão Tripartite Nacional, que seria a já criticada formulação de tipologia de atividades de competência federal para o licenciamento. Quanto às demais, há apenas previsão de que seu funcionamento seria regulamentado pelos regimentos internos.

pacto federativo, consolidando novas estruturas e relações de parceria entre sociedade e governo. Chama especialmente a atenção o avanço das relações de cooperação entre os três níveis de governo, embora seja necessário o fortalecimento da engenharia institucional dessa cadeia federativa que é a marca registrada de nosso federalismo. (BRASIL, 2004, p. 73)

⁴⁰ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

No segundo grupo, estão os fundos, a delegação de atribuições e a delegação de execução de ações administrativas. De forma geral, existe uma problemática quanto à existência de instrumentos unilaterais de cooperação, ainda mais dentro de um sistema que se propõe cooperativo. A crítica com relação ao estabelecimento dos fundos e demais instrumentos econômicos deve ser temporizada, contudo, uma vez que, embora a criação do fundo seja concentrada⁴¹ sobre o ente que investe capital, a adesão ou não ao uso desses recursos decorre da manifestação de vontade do outro ente.

A par da questão dos fundos, a delegação voluntária de competências e ações administrativas teve sua constitucionalidade questionada pela ASIBAMA na ADI 4757, tendo em vista que a transferência automática e unilateral de competência de um ente para outro poderia acarretar o sobrecarregamento de atribuições ao que recebeu o encargo. Como consequência, a associação vislumbraria um colapso do sistema de fiscalização do meio ambiente. O estudo dessa argumentação deve ser realizado com cautela, haja vista que a lei exigiu a capacidade do órgão que recebe a delegação de competência como requisito essencial para que esta ocorra. Entretanto, permanece válida a constatação da seção 1 deste Capítulo, de pouca exatidão em relação ao que o ideal de um órgão ambiental “capacitado”, o que dificulta assimilar quando esta delegação ocorre como forma de descentralização, ou quando o órgão mais central se desincumbe de uma competência sua indevidamente.

4. Efeitos *ex nunc* da distribuição de competências

No Direito Administrativo tradicional, a competência é requisito de validade para a formação do ato administrativo. À semelhança do elemento subjetivo para os atos jurídicos no direito privado, deve a autoridade pública que emitir o ato administrativo possuir competência para tanto. (DI PIETRO, 2018). Com efeito, se, à luz da teoria do direito civil, os atos proferidos por incapaz se subdividem entre anuláveis – relativamente incapaz – e nulos – absolutamente incapaz –, o mesmo raciocínio poderia ser aplicável ao direito administrativo.

Entretanto, essa transposição se mostra problemática, conforme BIM (2015) argumenta. É que a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo, prevê a possibilidade de convalidação⁴² dos atos administrativos que possuam defeitos sanáveis. Ao mesmo tempo em

⁴¹ Constituição Federal. Art. 165 - Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...)

§ 9º - Cabe à lei complementar:

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

⁴² Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

que não prevê a diferença entre atos nulos e anuláveis, a legislação dispõe de dois outros critérios para determinar a possibilidade de convalidação de um ato administrativo, a ausência de lesão ao interesse público e a ausência de prejuízo a terceiros. Essa posição, porém, não é pacífica entre os demais autores do Direito Administrativo, como é o caso da tipologia de atos nulos⁴³, anuláveis⁴⁴ e inexistentes⁴⁵ traçada por MELLO (2015).

De toda sorte, o vício de competência na emissão de licença ambiental se enquadra como vício anulável, mas existe incerteza em torno de sua convalidação⁴⁶ pelo ente competente. DI PIETRO (2018) enuncia a problemática de forma mais precisa, tendo em vista que já defendeu a natureza vinculante da convalidação, porque não haveria elemento volitivo nos atos anuláveis capaz de alterar o ato administrativo a se convalidar. Entretanto, a autora mudou de posicionamento no que se refere ao ato maculado de vício de competência, tendo em vista que não se pode afirmar, por exemplo, que uma decisão adotada por um órgão de educação incompetente será a mesma se for transferida para o órgão da saúde competente. E essa situação se mostra mais difícil caso haja discricionariedade para a realização do ato em questão, pois, segundo a autora, nessa hipótese *“não pode a autoridade competente ser obrigada a convalidá-lo, porque não é obrigada a aceitar a mesma avaliação subjetiva feita pela autoridade incompetente; nesse caso, ela poderá convalidar ou não, dependendo de sua própria apreciação discricionária”*. (DI PIETRO, 2018, p. 246)

A concessão de licença ambiental, consoante o exposto anteriormente, é controversa quando se discute se constitui ato vinculado ou discricionário. Logo, a mudança de competências operada pela Lei Complementar 140/2011 teria por efeito imediato a necessidade de convalidação dos licenciamentos em curso pelos órgãos ambientais que se tornaram competentes para realiza-los, ou, ao menos, ensejaria a discussão a respeito de até que fase do licenciamento seria vigente a repartição de competências anterior à lei. Contudo, a legislação previu uma separação temporal entre a distribuição de competências vigente (ou discutida) até então, e a nova, que passou a vigor. Trata-se do artigo 18 assim exposto:

⁴³ Atos declarados como nulos pela legislação, e, por consequência, são aqueles racionalmente impossíveis de ser emitidos novamente sem a incidência do vício. São exemplos de atos nulos aqueles de objeto ilícito, praticados com desvio de poder e por falta de motivo vinculado (MELLO, 2015)

⁴⁴ Atos que a lei declare como passíveis de convalidação, ou aqueles que podem ser re praticados sem que se incorra em vício, como seriam os atos emitidos por vício de competência e de vontade ou com defeito de formalidade. (MELLO, 2015)

⁴⁵ Atos cuja afronta ao ordenamento jurídico é tamanha que sequer podem ser considerados como válidos no plano da existência, como são os atos de flagrante desvio de finalidade. (MELLO, 2015)

⁴⁶ *“Ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.”* (DI PIETRO, 2018, p. 245)

Art. 18. Esta Lei Complementar aplica-se apenas aos processos de licenciamento e autorização ambiental iniciados a partir de sua vigência.

§ 1º Na hipótese de que trata a alínea “h” do inciso XIV do art. 7º, a aplicação desta Lei Complementar dar-se-á a partir da entrada em vigor do ato previsto no referido dispositivo.

§ 2º Na hipótese de que trata a alínea “a” do inciso XIV do art. 9º, a aplicação desta Lei Complementar dar-se-á a partir da edição da decisão do respectivo Conselho Estadual.

§ 3º Enquanto não forem estabelecidas as tipologias de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo, os processos de licenciamento e autorização ambiental serão conduzidos conforme a legislação em vigor.

Dessa forma, a OJN 43/2012 vislumbrou como positiva a transição operada por esse dispositivo, tendo em vista evitar outros problemas práticos, como o atraso ou a paralisação da instalação de empreendimentos, e o não aproveitamento de atos administrativos pretéritos, o que inclui o uso de distintas metodologias de estudo adotadas pelos órgãos ambientais do Sisnama. (PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO IBAMA, 2012) A adoção do critério temporal para delimitar as competências, embora pareça resolver apenas os pedidos de licenciamento realizados depois de 09/12/2011 (data de vigência da LC 140/2011), pode ser empregada igualmente para beneficiar aqueles que ingressaram com seus pedidos anteriormente. Isso porque, conforme prevê a Resolução 237/97⁴⁷, ainda aplicável aos processos mais antigos, há instauração de competência supletiva quando o ente competente não cumprir os prazos máximos de manifestação acerca do pedido de licença.

Este raciocínio promoveria nova data de ingresso do pedido de licenciamento, o qual já se submeteria ao regime da lei complementar. O que se vê, então, é uma migração gradual das competências antigas para as novas, seja pelo surgimento de novas demandas após a vigência da LC 140/2011, seja pelo exaurimento do prazo de avaliação pelos órgãos até então competentes, forçando-se a migração de competência.

5. Estabelecimento do preceito licenciador-fiscalizador primário

Finalmente, a última alteração trazida pela LC 140/2011 consiste na regra do licenciador primário, ou licenciador-fiscalizador, que seria a preponderância absoluta da manifestação do órgão competente para licenciar determinada atividade sobre a atuação fiscalizatória dos demais entes federativos. Conquanto não seja o objeto deste estudo abordar detalhadamente como funciona a fiscalização ambiental segundo o Direito, há o interesse em versar brevemente sobre

⁴⁷ Art. 16 - O não cumprimento dos prazos estipulados nos artigos 14 e 15, respectivamente, sujeitará o licenciamento à ação do órgão que detenha competência para atuar supletivamente e o empreendedor ao arquivamento de seu pedido de licença.

o preceito estabelecido, porque (i) a fiscalização é a face essencialmente repressiva da política ambiental, que está diretamente relacionada com o sucesso ou as falhas da face preventiva; (ii) a instituição do princípio do licenciador sancionador primário redistribui o ônus da fiscalização de forma simétrica ao do licenciamento; e (iii) é mais provável que o conflito de competência entre entes federativos surja quando há uma multa do que quando o empreendedor busca licenciar sua atividade. A legislação introduz da seguinte forma o preceito:

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.

§ 1º Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o caput, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

§ 3º O disposto no **caput** deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o **caput**. (BRASIL, 2011)

Sob uma primeira análise, a medida se mostra eficiente, no sentido de que, se determinado órgão realizou o licenciamento de uma atividade, este seria o mais preparado e mais informado para auferir se o empreendedor efetivamente cumpriu as exigências. Em outra perspectiva, caso alguém construa ou realize atividades que demandam o licenciamento sem sequer buscar este procedimento, há razoabilidade, pelos critérios de definição de competência expostos, em se compreender que o órgão competente terá áreas específicas a monitorar.

Por este critério, há, ainda, o estabelecimento mais objetivo sobre qual auto de infração prepondera caso mais de um ente federativo realize a fiscalização. Para ilustrar essa situação, basta imaginar que em determinado município foi instalada irregularmente uma indústria de papel com impacto local. Suponha-se que o IBAMA, em operação de fiscalização em região próxima ao município, identifique a ausência de licença ambiental emitida pelo município e lavre auto de infração com base na competência comum para proteção ao meio ambiente; e o mesmo teria ocorrido com o órgão ambiental estadual. O empresário deveria pagar as duas multas? Haveria algum critério para se pagar uma e não outra?

Este cenário promoveria, segundo BIM (2014), desrespeito ao princípios do *non bis in idem* e da moralidade administrativa, pois permitiria uma “*corrida fiscalizatória, empurrando artificialmente as sanções para cima, para que o ente fiscalizador faça o seu trabalho aparecer, disputando a gente positiva de estar tutelando o meio ambiente de forma mais eficiente, por isso prevalente, do que os demais*” (BIM, 2014, p. 52). Por outro lado, a legislação complementar confere preponderância fiscalizatória ao ente federativo competente para licenciar o empreendimento, ainda que ele entenda pela ausência de irregularidade.

A fiscalização ambiental não consiste apenas na lavratura de autos de infração, tendo em vista a possibilidade de uma série de outras medidas a fim de se interromper a realização de atividades irregulares que atentem contra o meio ambiente. Com base nesse raciocínio, à revelia da concepção de que o artigo supracitado se refere à fiscalização em geral, BEZERRA e GOMES (2017) defendem que o princípio se limita tão somente aos autos de infração. Para os autores, as ações de fiscalização que não envolvam a emissão deste ato, bem como as medidas acautelatórias, não estão submetidas exclusivamente ao ente licenciador. Essa posição assume que os entes federativos devem atuar de forma complementar, sem que a inércia de um implique menor proteção ambiental por parte do conjunto. No âmbito do IBAMA, entretanto, adota-se a tese mais ampla⁴⁸, de que o artigo 17 prevê a preponderância do ente licenciador sobre as atividades fiscalizatórias no geral, e esta é a tese adotada pelo presente trabalho.

As únicas exceções para essa regra a instauração de competência supletiva por incapacidade do órgão local e o poder acautelatório do ente federativo, ainda que isto o obrigue a realizar a notificação do sancionador primário. Nesta última hipótese, houve a parcial positivação de tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando instado a se posicionar acerca da fiscalização do meio ambiente. O enunciado foi firmado através do julgamento do REsp 1.479.316, no qual o relator Ministro Humberto Martins entendeu que

⁴⁸ Conforme assentado na OJN 49/2013/PFE/IBAMA: I. Competência dos entes federativos em matéria de fiscalização ambiental atualmente regulada pelo art. 17 da Lei Complementar nº 140/2011, que instituiu um sistema de prevalência, sem afastar a competência comum constitucionalmente prevista. II. Atividade concretamente licenciada deve ser preferencialmente fiscalizada pelo órgão ambiental emissor da licença, impondo-se a efetiva atuação do órgão fiscalizador supletivo em caso de omissão do órgão primariamente competente. Em situação de duplicidade de atuações, caberá a prevalência da fiscalização realizada pelo órgão licenciador, com reconhecimento da insubsistência do auto de infração anteriormente lavrado pelo órgão fiscalizador supletivo, desde que a penalidade aplicada no processo originário ainda não esteja definitivamente constituída. III. Atividades não licenciadas e não licenciáveis podem ser fiscalizadas por qualquer órgão ambiental, prevalecendo o primeiro auto de infração lavrado. Necessidade de se evitar sobreposição de atividade e de se atender aos princípios administrativos aplicáveis e objetivos traçados pelo legislador. IV. Aplicação de medidas cautelares em caso de iminência ou de já ocorrência de degradação ambiental. Prevalência das medidas aplicadas pelo órgão efetivamente licenciador, prevalecendo sobre aquelas eventualmente impostas pelo órgão fiscalizador supletivo, excetuando-se as que já surtiram, no caso concreto, todos os efeitos práticos admissíveis.

a atividade fiscalizatória das atividades nocivas ao meio ambiente concede ao IBAMA interesse jurídico suficiente para exercer seu poder de polícia administrativa, ainda que o bem esteja situado dentro de área cuja competência para o licenciamento seja do município ou do estado. (BRASIL, 2015)

Todavia, ainda que essas exceções estejam previstas, a regra permanece na preponderância do ente licenciador, o que é preocupante sob o ponto de vista prático. Em estudo recente, foi apontada a disparidade estrutural entre os órgãos ambientais estaduais e o IBAMA no que se refere à fiscalização do desmatamento da Amazônia. Enquanto a autarquia federal possui apenas competência sobre 14,4% do território da região, e os Estados 85,6%, identificou-se que a quantidade anual de autos de infração emitidos por ela, com foco na Amazônia, foi superior aos emitidos por todos os demais órgãos estaduais juntos. (SCHMITT; SCARDUA, 2015) No mesmo sentido, a ASIBAMA questiona veementemente a constitucionalidade desse dispositivo, argumentando que a preponderância da ação fiscalizatória de um ente sobre outro limita o poder dos demais e os exclui do dever de proteção ambiental imposto pela Constituição.

A obrigação de zelar pelo meio ambiente equilibrado, nesse entendimento, não seria mais uma incumbência de todo o Poder Público, mas apenas daquele competente, nos termos do artigo 17 da LC 140/2011. A disposição do poder de polícia, até então, era o exercício ordinário dos Estados e a competência supletiva da União, o que seria o sistema mais eficiente para cobrir a área continental do país. Porém, no exemplo descrito acima, o raciocínio da LC 140/2011 se mostraria ainda mais problemático. A lavratura de dois autos de infração por duas autoridades não competentes para licenciar o empreendimento lesaria o princípio da confiança do administrado, tendo em vista que (i) não se saberia qual ou quais autos possui(em) validade e (ii) ambos dependem da inércia do município para permanecer válidos.

Para fins deste trabalho, como dito, o aspecto mais relevante da adoção do princípio do licenciador sancionador primário é a imposição ao ente federativo que assume uma competência de licenciamento do ônus de realizar a fiscalização daquela atividade. A razão de conceituar essa transferência de competência como ônus é que, ao contrário da atividade de licenciamento, essencialmente realizada por provocação, a fiscalização ocorre por impulso do próprio órgão. Logo, a mudança estrutural pressiona os recursos administrativos e humanos dos órgãos ambientais envolvidos. Sob uma perspectiva mais geral, essa escolha do legislador implicou o deslocamento da competência fiscalizatória do IBAMA para os órgãos estaduais em relação a empreendimentos de impacto regional ou nacional; e, num entendimento mais estrito, deve ser considerada quando do manejo dos instrumentos de cooperação pelos entes federais no sentido do remanejamento ou delegação de competências.

CAPÍTULO 3 – IMPACTOS DA LEI COMPLEMENTAR 140/2011 NA POLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA: UMA CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A correlação entre o dever conjunto do Poder Público de zelar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a distribuição de competências para a implementação deste dever estatal envolve *prima facie* uma análise pragmática da Lei Complementar 140/2011. O pragmatismo possui uma gama de diferentes acepções – filosófico, cultural, jurídico, ético –, e a que será empregada pelo presente trabalho é a jurídica tal como elaborada por Richard A. Posner, que consiste na “*disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações*” (POSNER *apud* MAGALHÃES, 2017, p. 13).

Conforme tipificado por MAGALHÃES (2017), o pragmatismo jurídico possui três elementos centrais, o contextualismo, o antifundacionalismo e o consequencialismo. O primeiro elemento consiste na valorização da experiência prática, seja ela social, política, histórica, econômica ou cultural, o que significa compreender a realidade, e os casos judicializados sobre esta, como mutáveis, em exercício de humildade epistemológica (MAGALHÃES, 2017). A segunda característica é a “*rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento*” (POGREBINSCHI *apud* MAGALHÃES, 2017, p. 123) Em outras palavras, seria a rejeição de um ponto fundacional estático no passado que se manteria influente até o presente pelo simples fato de ser “a origem” do fenômeno analisado. Esta característica conduz ao terceiro tópico do pragmatismo. O consequencialismo, finalmente, envolve a análise dos problemas jurídicos de forma voltada ao futuro, para as consequências práticas de uma decisão judicial, de uma criação legislativa e/ou de um ato administrativo. (MAGALHÃES, 2017)

Nesse ensejo, há uma comunicação entre a proteção jurídica ao meio ambiente e o estudo pragmático, haja vista que dentre os princípios norteadores do Direito Ambiental, prevenção e precaução, temos o elemento prático exposto de maneira evidente. Ademais, a necessidade de as normas ambientais dialogarem com os setores da produção econômica demanda também do jurista o conhecimento sobre a realidade que o Direito pretende normatizar. Em amparo a esse argumento, a Declaração da Conferência das Nações Unidas

sobre o Meio Ambiente Humano⁴⁹ de 1972 proclamou que “[a] proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos.” (DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE, 1972).

O diálogo com os setores da produção econômica em nada se confunde com a submissão do Direito à Economia, ou a uma flexibilização das normas jurídicas para privilegiar os agentes econômicos. Cada um desses campos do saber possui seu objeto de análise, e objetivos diversos entre si. Todavia, não se pode negar a influência da escola “*Law and Economics*” para a prática do Direito principalmente a partir da segunda metade do século XX, sobretudo em países de tradição consuetudinária. No que se comunica com as premissas adotadas neste trabalho, os estudos do “*Law and Economics*” fornecem importantes insumos para se prescrever como as normas analisadas impactarão nos comportamentos individuais dos agentes por ela afetados e, em última análise, na efetividade da política ambiental.

A despeito de não haver um consenso sobre qual seria o marco zero do entrelaçamento entre Direito e Economia⁵⁰, aponta-se o início do movimento “*Law and Economics*” no ano de 1961, data da publicação do primeiro serial da Revista homônima na Universidade de Chicago, que trouxe artigos de Ronald Coase, a qual influenciou especialmente o direito ambiental, e Guido Calabresi no campo do direito civil. Desde então, novos textos que buscaram aplicar os conceitos econômicos para outros ramos do Direito foram divulgados, professores economistas foram admitidos nas escolas de Direito dos Estados Unidos, e associações de estudiosos na área foram se formando. (COOTER; KRAUS, 2014).

⁴⁹ Documento promulgado como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 16 de junho de 1972 em Estocolmo, na Suécia. Essa conferência representou um marco no reconhecimento do valor do meio ambiente à sociedade e à vida humana, sendo esta declaração o primeiro documento internacional de princípios para a proteção internacional ao meio ambiente. Na mesma ocasião, foram votados também o Plano de Ação para o meio ambiente e a criação do Programa da ONU sobre o Meio Ambiente (PNUMA). Esses instrumentos são a base para o que atualmente se discute na proteção ao meio ambiente e as dimensões deste direito, como o caráter intergeracional, a essencialidade do gozo de um meio ambiente saudável, a cooperação internacional para a preservação, dentre outros (PADILHA, 2005).

⁵⁰ Nas palavras de Richard Posner: “Que há uma relação entre a economia e o direito já é um fato conhecido há um longo tempo, pelo menos desde a discussão hobbesiana sobre propriedade no século XVII. Mas só há pouquíssimo tempo essa relação recebeu atenção focada apenas em relação a um grupo de campos jurídicos, principalmente regulações antitruste e de utilidade pública, que lidavam explicitamente com competição e monopólio, os quais na década de 1930 receberam atenção constante e sofisticada pelos principais economistas americanos e ingleses.” Tradução livre. Trecho original: “That there is a relation between economics and law has been known for an awfully long time, at least since Hobbes’s discussion of property in the seventeenth century. But until very recently, the relation received focused attention only in relation to a handful of legal fields, mainly antitrust and public utility regulation, that dealt explicitly with competition and monopoly, which as early as the 1930s were receiving the sustained and sophisticated attention of leading English and American economists.” (POSNER, 1998, p. 1)

A premissa principal dessa área consiste em compreender o ser humano (ou agente num sentido lato) enquanto agente racional maximizador de suas preferências, de forma que ele norteará suas escolhas face a escassez de recursos de forma a atingir este objetivo, sedimentado sob o mote de *homo economicus*⁵¹. Dentro desse quadro, o pragmatismo que se defende se baseia (i) no reconhecimento de que os elementos contextuais são relevantes, (ii) na centralidade das consequências que a legislação ambiental opera no mundo fático, e (iii) na necessidade de se compreender que os agentes se comportam racionalmente, de forma a maximizar a sua utilidade.

Portanto, este capítulo se divide da seguinte forma. Em primeiro lugar, será explicada a premissa de que o instituto do licenciamento ambiental é política regulatória, no que seguirá à exposição dos principais conceitos econômicos aplicáveis ao uso dessa política. Em seguida, a análise será cindida em dois modelos, um que enfatizará a relação empreendedor-Poder Público, e o outro que privilegiará a relação entre os entes federativos. Finalmente, para cada um dos dois modelos, serão apontados os incentivos e desincentivos de comportamentos gerados por ocasião da Lei Complementar 140/2011.

1. Licenciamento ambiental como regulação da política ambiental

O licenciamento ambiental, como visto, foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 6.938/81 e é instrumento da PNMA. Contudo, as discussões sobre uso de poder de polícia estatal para a proteção do meio ambiente já estavam se desenvolvendo há um tempo. É na Economia, através dos textos de Arthur Cecil Pigou da década de 1930, que a questão é abordada de maneira embrionária. O autor compreende que a poluição é uma externalidade negativa e sua produção deve ser desencorajada pelo mercado, tendo em vista que a falta de sinalização da escassez de determinado bem natural ou o custo da poluição são problemas para

⁵¹ A referência ao conceito clássico de *homo economicus* não é feita sem pensamento crítico prévio. Os estudos posteriores que articularam a Economia com a Psicologia e das Ciências da Saúde na chamada Economia Comportamental (*Behavioural Economics*) mitigaram a ideia de um indivíduo estritamente racional, que toma decisões de maneira fria e calculada. Desta forma, existem trabalhos mais recentes que abordam efusivamente os efeitos da limitação dessa racionalidade e como pode se estruturar pequenos “empurrões” para impulsionar os indivíduos a “optarem” por decisões que lhes são mais benéficas, sendo o mais exemplo o “Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness”, de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, 2009. Todavia, o licenciamento ambiental detém peculiaridades que fogem do escopo argumentativo/descritivo da Economia Comportamental, o que prescinde a adoção dos pressupostos desta teoria para o presente trabalho. As principais peculiaridades mostradas são: caráter pontual do licenciamento ambiental (dificilmente o mesmo agente demandará mais de uma licença em um intervalo de cinco anos); altos custos envolvidos (realização de estudos de impacto ambiental, alteração dos projetos para se adequar à proteção ambiental); público-alvo restrito (limitado aos agentes interessados na licença, intervenientes e órgãos ambientais); e a (pretensa) impessoalidade na condução do processo.

o bom funcionamento do mercado (OLIVEIRA NUSDEO, 2008). Para tanto, propõe a instituição de um imposto pelo Estado – que se passou a denominar taxa pigouviana – em virtude da atividade poluente, no que considera que a elevação do custo de produção por esta taxa, em consonância com o prejuízo causado pela atividade poluente não incorporado pelo poluidor, geraria incentivos para a redução da poluição de maneira ótima (FAURE, 1998).

Na década de 1960, o professor Ronald Coase publicou o artigo “*The Problem of Social Cost*” no “*Journal of Law and Economics*” da Universidade de Chicago, em que aborda o problema de maneira mais minudente. Ao analisar o problema das externalidades trazido por Pigou, o autor apresenta duas perspectivas. Na primeira, presume a ausência de custos de transação, isto é, supõe que não haveria custos para os envolvidos (empresas poluentes e empresas afetadas pela poluição) de chegar a um acordo. Nesta lógica, os indivíduos chegariam a um acordo em que os poluentes pagariam diretamente aos afetados os prejuízos que estes incorreriam por conta da atividade dos primeiros, de forma a se alcançar uma situação Pareto eficiente⁵². Por outro lado, caso os custos de transação sejam relevantes, são propostas, sucessivamente, a fusão entre as empresas envolvidas, e a intervenção do Estado na forma da regulamentação. (COASE, 1960)

Nessas propostas, o elemento central a ser alcançado é a internalização de externalidades, mas o autor realiza uma crítica em relação a este ponto, pois, à medida que os custos de transação aumentam e se avança para as demais soluções, é menor a possibilidade de que o custo da externalidade será efetivamente internalizado pelo poluente. (COASE, 1960) Essa aceção, decerto, ensejou severas críticas ao pensamento do autor, principalmente quando se percebe que dificilmente danos ambientais afetarão um conjunto limitado de agentes. Por outro lado, o trabalho de Coase merece ter sua importância reconhecida por trazer de maneira singular a interface entre proteção ambiental e economia, bem como compreender a possibilidade de soluções não necessariamente estatais para problemas de ordem pública. Com o tempo, outras formas de se internalizar as externalidades sobre o meio ambiente foram discutidas, de forma que foi construída acerca da quantificação pecuniária⁵³ da poluição gerada,

⁵² Definição fundamental da Economia, batizada em homenagem ao economista e sociólogo italiano Vilfredo Pareto. A eficiência de Pareto consiste em uma situação em que não é possível melhorar a situação de uma pessoa sem que se piore a de outra. (VARIAN, 2006)

⁵³Vide: BRADFORD, T. Cost Benefit Analysis and Demand Curse for Public Goods, 23 *Kyklos*, 1970, pp. 775-791; DAVIS, R.K. (1963), Recreation Planning as an Economic Problem, 3 *National Resources Journal*, pp. 239-249; JOHANSSON, Per-Olov, ‘Valuing Environmental Damage’, 6 *Oxford Review of Economic Policy*, 1990, pp. 34-50; e KAPP, W. e SMITH, Abbie, *Valuing Natural Assets*, Washington, DC, Resources for the Future, 1992.

do raciocínio de custo-benefício⁵⁴ dentro da política ambiental adotada pelo ordenamento jurídico, da análise dos elementos de responsabilização⁵⁵ por dano ambiental e do estabelecimento de mercados de carbono⁵⁶.

Além dessas políticas de proteção para serem exercidas após o dano ambiental, FAURE (1998) aponta para os benefícios de uma regulação *ex ante*, que seriam: (i) maior facilidade de obtenção de informações pelo regulador; e (ii) a grande chance de insolvência ou estabelecimento de punições insuficientes nos casos de responsabilidade ambiental, dada a incerteza de se quantificar pecuniariamente o dano. Nesse escopo, o licenciamento ambiental se apresenta como política de comando e controle, definida como “conjunto de normas, regras, procedimentos e padrões a serem obedecidos pelos agentes econômicos de modo a adequar-se a certas metas ambientais, acompanhando de um conjunto de penalidades” (MARGULIS *apud* FREITAS, 2003, p. 25).

Embora se assemelhe à taxa pigouviana, por representar um custo a mais para o poluidor, essa se distancia do modelo do economista porque o objetivo de sua concessão não é forçar a retirada de atividades poluentes do mercado, existindo margem discricionária para se estabelecer medidas de controle ambiental e redução da poluição gerada. Por outro lado, também não se confunde com instrumentos de incentivo ou desincentivo econômicos pelo fato de que o poder de polícia estatal opera na chave permissão/proibição, o que significa que aqueles agentes que insistirem nas práticas de poluição não permitidas pelo Estado optarão por adentrar a esfera da ilegalidade.

Dentro disso, a exigência de licença ambiental para instalação e funcionamento de atividades poluidoras tem por finalidades sociais, através do poder de polícia do Estado, (i) atestar que determinado empreendimento segue os princípios e valores constituintes da ordem econômica estipulada pelo ordenamento jurídico; (ii) assegurar a redução do impacto da poluição desses empreendimentos através da imposição de medidas de controle ambiental e

⁵⁴ Nesse sentido, FAURE (1998, p. 454) afirma que, “[em] um mundo ótimo em que os reguladores ajustam padrões de emissão dentro do interesse público, a agência administrativa leva em consideração os custos marginais de padrões de qualidade ambiental mais rigorosos e balancear esses custos com os benefícios marginais da redução adicional do risco ao meio ambiente” Tradução livre. Trecho original: “In a optimal world where the regulators set emission standards in the public interest, the administrative agency will take into account the marginal costs of more stringent environmental standards and balance these against the marginal benefits from additional reduction of environmental harm.”

⁵⁵ Vide: BOUCKAERT, Boudewijn (1991), La Responsabilité Civile Comme Base Institutionnelle d’une Protection Spontanée de l’Environnement, 2 *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 1991, pp. 315-335; FAURE, Michael. ‘Economic Aspects of Environmental Liability: An Introduction’, 6 *European Review of Private Law*, 1996, pp. 85-109; e MICHELMAN, Frank I. ‘Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi’s Costs’, 85 *Yale Law Journal*, 1971, pp. 647-686.

⁵⁶ OLIVEIRA NUSDEO, 2008.

condicionantes a ser cumpridos para obtenção da licença; e (iii) impedir a realização de empreendimentos capazes de causar impacto não desejável pela comunidade.

2. Conceitos econômicos aplicáveis ao licenciamento ambiental

A metodologia de Direito e Economia apresenta duas dimensões, a positiva e a prescritiva. A primeira, também conhecida como descritiva, busca estudar o impacto do Direito sobre a realidade, enquanto a segunda, normativa, busca relacionar os conceitos de justiça com os de eficiência. (SALAMA, 2008) A escolha pelo emprego da dimensão positiva se consubstancia na visão de que existe uma referência juridicamente estabelecida sobre qual deve ser o fim do licenciamento ambiental. Mais proveitosa do que a discussão a respeito do que seria uma licença justa ou eficiente é a proposta de se analisar quais elementos previstos na LC 140/2011 permitem ao licenciamento ambiental atender aos fins a que se propõe. Destarte, devem ser apresentados os conceitos econômicos essenciais para uma análise descritiva dos novos comportamentos que a lei promoveu.

a. Escassez

A ideia de escassez constitui a base da Ciência Econômica, tendo em vista que a finitude de recursos disponíveis aos sujeitos os submete a realizar escolhas dentro das possibilidades reais. Diante disto, a escolha de um indivíduo em distribuir seus recursos de determinada maneira significa que este abrirá mão de outras possibilidades, é o que se considera *trade-off*. (SALAMA, 2008). Para clarificar este conceito, temos o exemplo de uma compra de supermercado, em que o cliente possui cem reais para gastar. Dada a escassez de seu recurso (apenas cem reais), a forma como ele decidirá alocar sua quantia implicará o “sacrifício” de outras disposições. Ou seja, caso escolha comprar sessenta reais em carne, este abrirá mão de comprar a mesma quantia em utensílios de higiene. Ainda que sobre dinheiro, o cliente terá como “custo” de sua decisão o fato de não poder mais gastar o total que tinha antes.

b. Maximização racional

No contexto de escassez, os agentes tomarão decisões com o objetivo de aumentar o seu bem-estar, ou atingir as suas preferências⁵⁷, em um comportamento racional geralmente

⁵⁷ Classicamente, os economistas se referem ao conceito de “utilidade” com base na premissa de que seria uma variante quantificável. Todavia, esta noção foi abandonada pela ideia de preferência dos consumidores, como

previsível. (SALAMA, 2008) Neste esteio, existe uma série de preferências formuladas pelo agente, o qual se valerá dos seus recursos para melhor alcança-las, assumindo a menor quantidade de custos na transação. Dentro desse conceito, temos a teoria da escolha racional, baseada em três pressupostos: comportamento direcionado às preferências pessoais; completude e transitividade. (FUX; BODART, 2019)

A primeira premissa considera que *“todo agente possui preferências, e justamente porque ‘prefere’ certas coisas mais que outras, se comportará como se buscasse atender da melhor forma possível o seu conjunto de interesses”* (FUX; BODART, 2019, p. 16). A segunda considera que os indivíduos possuem capacidade de ordenar suas preferências, e estabelecer prioridades entre elas; enquanto a terceira compreende que são logicamente compatíveis entre si as ordens eleitas dentro dessa escolha de preferências (FUX; BODART, 2019). De maneira ilustrativa, podemos retomar o exemplo do consumidor no supermercado. Dentro de suas opções de compra, ele deverá escolher que produtos são prioridade de ser comprados naquele momento. Isso significa que, se houver preferência pela compra de alimentos ao invés de produtos de limpeza, a prioridade será dada ao primeiro tipo de produtos, para maximizar racionalmente a sua quantia limitada de dinheiro.

c. Cálculo do risco

No âmbito do Direito, a teoria da escolha racional pode ser aplicada de diversas formas, desde a adoção de critérios de eficiência para as ações administrativas até a discussão em torno do pensamento econômico anterior à realização de um crime. ULEN (1999) argumenta que as leis criam preços implícitos para diferentes comportamentos e os afetados por essas normas incorporam às suas decisões esses preços. Seria o caso, por exemplo, da imposição de uma sanção monetária para aqueles que descumprirem um contrato. O contratante, quando cogitar as suas opções, levará em consideração o benefício que obtiver se incorrer nessa prática em face do preço que terá que pagar para ressarcir o contratado. Caso, nesta ponderação, os ganhos sejam maiores que os prejuízos, é provável que haja o rompimento contratual.

A preocupação para o direito público se direciona ao *“law enforcement”⁵⁸*, *“o uso de agentes de law enforcement – como polícia, auditores fiscais e agentes regulatórios – para*

consequência da dificuldade de se auferir quantitativamente os ganhos de utilidade que um indivíduo obtém com as suas escolhas. (VARIAN, 2006)

⁵⁸ Dada a dificuldade de se traduzir a expressão para outra minimamente equivalente no português, adotou-se a grafia original em inglês.

*reforçar a aplicação das leis*⁵⁹”(SHAVELL, 2004, p. 471). Pelo fato de as normas preverem um custo futuro aos agentes, é indispensável que os indivíduos considerem o risco de este custo incidir sobre elas no futuro, especialmente pelo fato de a sanção depender dos agentes de *law enforcement*.

Existem três tipos ideais de indivíduos quando se leva em consideração a importância que eles atribuem ao risco futuro: os que são avessos ao risco (*risk-averse*), os que perseguem riscos (*risk preferring*) e os que são neutros ao risco (*risk neutral*). Para melhor expor a diferença de cada um desses grupos, faz-se analogia à hipótese de um indivíduo que estará atrasado para um compromisso e, na direção do carro, cogitar trafegar acima do limite de velocidade da via. A punição para essa conduta, caso seja flagrado, corresponde a uma multa pecuniária, e existiria uma possibilidade de flagrante em torno de 10%.

Caso o indivíduo seja avesso ao risco, ele tenderá a não trafegar acima da velocidade, porque terá percepção de que suas chances de ser pego serão maiores do que 10%. No sentido contrário, caso ele persiga o risco, sua percepção do risco de flagrante será menor que 10%, e, com base nisso, a tendência é que incorra na infração de trânsito. Os indivíduos neutros ao risco, por sua vez, possuem percepção mais equilibrada da chance de ser pego, de forma que esta será mais próxima do valor real de 10%. Nesse aspecto, outros elementos como o valor da multa serão levados em conta pelo agente quando da sua escolha. (SHAVELL, 2004)

d. Equilíbrio

Equilíbrio é “o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente” (SALAMA, 2008, p. 20). Seu conceito decorre da interação entre os agentes de determinado mercado ou relação, e surge quando a alteração da decisão de um dos autores diminui a maximização racional deste ou de outro autor, frustrando a escolha mais racional. A situação mais usual que se costuma abordar de equilíbrio no Direito é a celebração de acordos, em que tanto a parte proponente quanto a aceitante concordam que aquela convenção será a melhor opção para ambas as partes, levando em conta (i) a expectativa de ganho do proponente; (ii) a possibilidade de ganho para as duas partes; (iii) os custos em se manter a litigância, dentre outros elementos.

⁵⁹ Tradução livre. Trecho original: “*The use of public law enforcement agents – such as police, tax inspectors, and regulatory personnel – to enforce legal rules.*”

e. Incentivos

Por último, o conceito de incentivos representa a forma como as escolhas dos agentes podem ser alteradas, e isso se traduz através da geração de novos equilíbrios (SALAMA, 2008). Dentro de um mercado, os exemplos de incentivos vão no sentido da variação do preço de determinado produto. Quando o preço do quilo de carne está em alta, há um incentivo para que os consumidores comprem menos desse produto, e para que os produtores aumentem a sua produção. Na via reversa, quando houver tendência de baixa no preço, há incentivo para que os consumidores comprem mais do produto, e que os produtores mantenham (ou reduzam) sua produção.

A legislação é uma das mais tradicionais formas de se promover incentivos, como se pôde observar na literatura do *Law and Economics*. Em matéria de direito público, como o objetivo dessas normas é “*controlar comportamentos perigosos ou potencialmente perigosos*” (SHAVELL, 2004, p. 471), a estrutura de incentivos se opera na forma da construção de sanções a quem realiza esse tipo de comportamento, e a gestão do seu respectivo *enforcement*. O objetivo dessa estrutura é essencialmente dissuadir os indivíduos que pretendam realizar os comportamentos perigosos ou potencialmente perigosos de realizar esses atos.

Para tanto, dois conceitos são essenciais, os de dissuasão geral e o de dissuasão marginal. A dissuasão geral se direciona aos indivíduos que não foram sancionados previamente, e consiste na tendência que esses indivíduos têm de ser dissuadidos de cometer atos ilegais pelo risco das sanções. A dissuasão marginal, por sua vez, vai além da geral, e pressupõe que o agente optou pela realização do comportamento perigoso. Sua aplicação visa a evitar que, dentro dos comportamentos perigosos a ser escolhidos pelo agente, este seja dissuadido de realizar aqueles mais perigosos, também por força da expectativa de sanção. (SHAVELL, 2004)

3. Construção de modelos teóricos

A aplicação normativa ocorre no mundo prático, mas, dada a complexidade inerente às relações factuais, a criação de modelos teóricos é ferramenta adequada para se analisar os incentivos que as mudanças jurídicas fornecem aos agentes, e os novos equilíbrios que tendem a se formar. (SHAVELL, 2004) Como qualquer aproximação, pode apresentar falhas quanto à sua aplicabilidade para a realidade, entretanto, espera-se que, dentro das premissas expostas, consiga retratar com fidedignidade como cada um desses agentes tenderá a agir.

A modelagem a seguir exposta se estrutura em três eixos: (i) a identificação e caracterização dos agentes; (ii) o apontamento dos custos envolvidos na política de licenciamento; e (iii) o estabelecimento do equilíbrio desejável dessa relação. São propostos dois diferentes modelos pelo presente trabalho, cada qual com seus diferentes agentes, e que foram afetados pelas mudanças da Lei Complementar 140/2011. O primeiro retrata o cenário da cooperação/competição entre os entes federativos, sob uma perspectiva dos órgãos realizadores do licenciamento; enquanto o segundo aborda a perspectiva externa, em que existe apenas o agente “Poder Público” e o empreendedor.

a. Modelo federativo

Os agentes deste modelo são União, Estados e Municípios. Cada qual possui característica de autonomia decisória e independência na gestão de seus recursos. Por atribuição constitucional, o equilíbrio que a relação entre esses três agentes deve ocasionar é a proteção ao meio ambiente. Via de regra, os órgãos ambientais são estruturas administrativas acopladas ao Poder Executivo e a ele prestam relação de relativa subordinação⁶⁰, seja na forma de Secretarias de Governo, seja na forma de uma autarquia como é o caso federal, que pode ocorrer tanto dentro do sistema do direito através dos mecanismos de controle interno quanto por constrictões de caráter político.

Na realidade federativa proposta, há uma assimetria entre esses três entes, tanto no aspecto organizacional quanto no financeiro: as estruturas administrativas da União estão mais aparelhadas que as dos Estados e Municípios (GUERRA, 2015) e, nos últimos anos, houve o engrandecimento financeiro da União concomitante a uma maior restrição orçamentária dos Estados e Municípios (ALVES, 2017), e essa disparidade de escassez entre os entes influencia na forma como cada um estabelecerá suas prioridades na política ambiental.

O licenciamento ambiental é atividade que pode ser realizada por qualquer um desses agentes, demandando-lhes os custos relativos a: condução burocrática do processo⁶¹ (definição e análise de documentos essenciais, solicitação de complementação dos documentos, realização de audiência pública, emissão de pareceres), decisão final⁶² e fiscalização da atividade⁶³. Além

⁶⁰ O emprego desta expressão representa a adoção, pelo trabalho, da visão de que o órgão ambiental possui autonomia para suas atividades em relação ao Chefe do Poder Executivo. No entanto, essa autonomia gozada pelo órgão é mitigada por questões estruturais, como a subordinação direta das Secretarias de Governo ao Chefe do Executivo local e o caráter político da nomeação da Presidência do IBAMA.

⁶¹ Art. 10, incisos I a VII, Resolução 237/97.

⁶² Art. 10, inciso VIII, Resolução 237/97.

⁶³ Art. 17, Lei Complementar 140/2011.

disso, para a maior parte dos Municípios existe um custo inicial, referente à instalação de uma estrutura para realizar o licenciamento, o que significa os custos para: criação e aparelhamento do órgão ambiental municipal e adoção de regulamentação do procedimento junto a este órgão. Para a União e os Estados, porém, o que ocorre são os custos marginais, eles possuem já uma estrutura consolidada e corpo técnico minimamente formados, sendo o licenciamento, para esses dois órgãos governamentais, um custo marginal.

Os empreendimentos considerados poluentes⁶⁴, e, portanto, que se submetem ao licenciamento, apresentam as seguintes consequências à sua circunvizinhança: (i) geração de empregos; (ii) aumento de renda da população; (iii) geração de receita tributária; (iv) aquecimento da atividade econômica; (v) atração de investimentos; (vi) danificação dos bens naturais; (vii) deslocamento de pessoas; e (viii) perturbação ao meio ambiente em sentido lato (poluição aérea, sonora, dos corpos d'água).

Dentro do sistema posto, existe uma relação de atividades que são tipicamente da alçada de cada um dos três agentes, ao mesmo tempo em que é facultado a eles realizar instrumentos de cooperação entre si. Os critérios e moldes dessa cooperação estão vagamente previstos nas normativas aplicáveis, e seria necessária, com exceção da delegação de atribuições e de execução, a concordância de dois ou mais membros da Federação para que sejam alteradas essas atividades.

O ganho relativo de se assumir o licenciamento de determinada gama de atividades significa assumir poder de decisão sobre empreendimentos que terão os impactos acima listados, bem como o poder de orientar a política ambiental dentro de sua interpretação das normas ambientais. Da mesma forma, salvo posterior acordo de vontades ou delegação, o ônus de se assumir o licenciamento implica o carreamento da função fiscalizatória daquele empreendimento. Nessas circunstâncias, existe maior custo para se alterar o *status quo* de competências. Além disso, prevê-se a sanção de instauração de competência supletiva para aqueles processos cujo prazo excede os previstos na Resolução 237/97, permitindo-se a outros entes da federação assumir a competência de licenciamento quando o originariamente competente se mostrar inadimplente para com essa obrigação.

O objetivo institucional, por outro lado, significa o resultado ótimo que englobe: (i) a proteção ambiental de maneira completa; (ii) o desenvolvimento econômico baseado na preservação da qualidade ambiental; e (iii) a cooperação entre os entes federativos. Em última instância, o *outcome* desejável dessa relação é uma atuação separada de cada ente, mas que, no

⁶⁴ Segundo o Anexo I da Resolução 237/97.

conjunto dessas atuações, sejam alcançados os objetivos de redução do dano ao meio ambiente, prevenção de desastres ambientais, e o desenvolvimento sustentável. Por isso, serão consoantes a esses objetivos as normas que buscarem, a partir dos diversos interesses de cada um desses agentes, gerar um resultado final em que não haja menor proteção ambiental em virtude dos conflitos de interesses dos agentes.

b. Modelo da regulação

O modelo da regulação comporta dois agentes: o Poder Público e o empreendedor que realiza ou pretende realizar atividade efetiva ou potencialmente poluente. Para a caracterização do primeiro agente, são importados alguns pressupostos do modelo federal, quais sejam: a existência dos custos de condução burocrática do processo, decisão final e atividade fiscalizatória; a existência de consequências da instalação e operação do empreendimento; e a obrigação de se realizar essas funções de maneira a proteger o meio ambiente da melhor forma possível.

O Poder Público deste modelo se distancia dos entes federativos daquele à medida em que age como a personificação do Estado, em sentido lato, em face do particular. Ou seja, enquanto no modelo anterior União, Estados e Municípios eram considerados como agentes diferenciados, o modelo de regulação abordará os três na forma de Poder Público, de Estado em sentido amplo. As questões envolvendo a controvérsia com outros órgãos governamentais não são tomadas em conta por este modelo. Os pressupostos que, somados aos anteriores, guiam as decisões dos Poder Público são: (i) o “dever” de comando e controle das atividades a ele apresentadas através do licenciamento ambiental; (ii) a busca do objetivo de reduzir ao máximo o impacto ambiental e, ainda assim, transferir ao particular o custo das externalidades negativas geradas; e (iii) o papel de “segurador ambiental”, em que realiza o gerenciamento dos riscos envolvidos na atividade poluidora.

Por outro lado, o empreendedor, que pode ser tanto uma pessoa física quanto jurídica, detém interesses e custos diferentes daqueles do Poder Público. Pressupõe-se que, pelo valor elevado do empreendimento a se licenciar, os custos devem ser reduzidos para se atingir um equilíbrio mais favorável economicamente. Desta feita, age como sujeito maximizador de seus lucros, submetendo-se a uma maior quantidade de custos (seja pecuniários, seja riscos) apenas para alcançar essa situação de equilíbrio.

A legislação de licenciamento ambiental, a realização dos estudos prévios de impacto ambiental, e o andamento do processo são sua responsabilidade e constituem custos por ele

assumidos pela força do Direito. Em primeiro lugar, há um custo evidentemente pecuniário, que abrange a realização dos estudos⁶⁵ essenciais à instrução do processo administrativo e, ainda, a realização da análise⁶⁶ pelo órgão licenciador. Em segundo lugar, o empreendedor assume o custo pelo tempo de apreciação de cada tipo de licença, com uma exceção apenas⁶⁷. Finalmente, o empreendedor pode suportar outros custos decorrentes da insegurança jurídica apresentada nos capítulos anteriores, que podem ser refletidos tanto como custos pecuniários quanto com custos de tempo, de contratação de pessoal especializado, e de transação. Dada a indefinição acerca de procedimentos, competência e documentos necessários, o empreendedor deverá suspender seu planejamento sob o risco de incorrer em ilegalidade.

No que se refere aos riscos, o empreendedor pode corresponder a quaisquer dos tipos ideais (*risk averse*, *risk preferring* e *risk neutral*), sendo que, na contraparte do Poder Público, o custo para realizar o *law enforcement* não equivale a zero. Com essa conformação, é imposto ao Poder Público realizar a gestão de seu sistema fiscalizatório de maneira mais racional. SHAVELL (2004), ao se referir especificamente ao estabelecimento do efeito dissuasório de uma lei de direito público, argumenta que se deve levar em conta duas variáveis: (i) a chance de o infrator ser flagrado pela fiscalização e (ii) o valor da sanção a ser estipulada.

Nessa chave de raciocínio, para o Poder Público, gestor de recursos escassos, inicialmente a melhor forma de maximizar o efeito dissuasório do licenciamento ambiental seria aumentando o valor das sanções (essencialmente, multas administrativas) para reduzir o contingente fiscalizatório necessário para se atingir o efeito. Tal decisão reverte impactos sobretudo sobre o grupo dos avessos ao risco, pois esses indivíduos continuarão com uma percepção de fiscalização majorada e evitarão incorrer em ilegalidade. Por outro lado, existe também a solução de aumento de pessoal da fiscalização ou a sua melhoria tecnológica, para se tornar mais frequente o flagra de atividades ilegais, dissuadindo os agentes propensos a assumir riscos. Essa política apresenta maior custo para a Administração e, a depender do efeito prático na dissuasão, é pouco provável que seja escolhida pelo Poder Público (SHAVELL, 2004).

⁶⁵ Resolução 237/97. Art. 11. Os estudos necessários ao processo de licenciamento deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, às expensas do empreendedor.

⁶⁶ Resolução 237/97. Art. 13. O custo de análise para a obtenção da licença ambiental deverá ser estabelecido por dispositivo legal, visando o ressarcimento, pelo empreendedor, das despesas realizadas pelo órgão ambiental competente.

⁶⁷ Resolução 237/97. Art. 18. [...] § 4º - A renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento deverá ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.

Finalmente, com relação às preferências morais do empreendedor, embora a definição de *homo economicus*, em uma primeira leitura, possa dar margem à interpretação de que este agente seria imoral, trabalha-se com o particular de valor moral neutro. Isso significa, a uma só vez, que este não agirá de pura má-fé, tampouco realizará as atitudes legalmente estipuladas pelo próprio valor moral do Direito. Como agente maximizador de suas preferências, o empreendedor buscará, de fato, aumentar os benefícios e reduzir os custos, mas apenas o fará enquanto não se elevarem os custos.

O equilíbrio do empreendedor, portanto, será alcançado quando obtiver: (i) a instalação e/ou o funcionamento da atividade e (ii) o melhor atendimento de suas preferências, principalmente em relação ao retorno financeiro. De outra monta, o equilíbrio do Poder Público resulta no poder normativo das normas de proteção ao meio ambiente, consubstanciado nos seguintes elementos: (i) o estabelecimento da dissuasão geral para empreendimentos que cogitam evitar o licenciamento ambiental; (ii) a internalização das externalidades geradas; e (iii) evitar danos/riscos ambientais não permitidos.

4. Alterações de incentivos no modelo federativo

a. Redução de conflitos

O preceito do licenciamento em única competência, de uma só vez, consolida o poder de licenciamento dentro do órgão governamental competente, e eleva a sua autonomia em face aos outros. Esta previsão não se confunde com o solipsismo do ente federativo, tendo em vista que, mesmo antes da LC 140/2011, havia previsão da participação⁶⁸ das demais pessoas da Federação⁶⁹ no procedimento, sem poder vinculante. E, ainda assim, a legislação novel manteve⁷⁰ a participação facultativa não vinculante de demais entes federativos interessados no licenciamento ambiental.

Quando se pensa na atribuição de controle ambiental como competência comum de três níveis de governo tão diferenciados, problemas de ordem prática surgem, pelo fato de que pode

⁶⁸ Resolução 237/97 CONAMA. Art. 4º. [...] § 1º - O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

⁶⁹ Resolução 237/97 CONAMA. Art. 5º. [...] Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

⁷⁰ Art. 13. [...] § 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.

haver sobreposição de atuações e contradição de julgamentos – dentro dos parâmetros de discricionariedade expostos. Esta situação se assemelha ao paradoxo de bens comuns, em que “*a menos que os ganhos do bem comum sejam divisíveis, não há incentivos para o indivíduo participar em seu melhoramento*”⁷¹ (MCNUTT, 1999, pp. 929-930). Analogamente à situação descrita por McNutt, quando algo é competência de todos, mas não há regras que definem em concreto o que cabe a quem, inexistem incentivos para a participação individual neste campo.

Por outro lado, a Lei Complementar 140/2011 elevou os incentivos individuais de cada ente, posto que virou normativo primário (impedindo o questionamento da constitucionalidade formal de seus dispositivos, como vinha ocorrendo com a Resolução 237/97), e, ainda, positivou como critério mais amplo a regionalidade dos empreendimentos como critério delimitador de competência. Se a certeza da competência decorre de uma circunstância anteriormente estabelecida e não do resultado de futuro estudo prévio de impacto, delimita-se uma fronteira mais precisa entre atividades a ser licenciadas por cada membro da federação.

Outro argumento a se expor é que o estabelecimento do critério do licenciador-fiscalizador primário estabeleceu novos incentivos que, a um só tempo, impuseram maiores custos aos outros entes fiscalizadores casos lavrassem autos de infração e reduzem os potenciais de conflitos decorrentes do ajuizamento de ações de anulação de multas. No primeiro caso, o agente fiscalizador que não é o primário, terá de rever a sua atividade em face dos empreendimentos da alçada do licenciador, porque passará a assumir os riscos de (i) ter seu trabalho submetido a revisão por este e (ii) ter seu auto de infração anulado. Diante disto, a consequência é a redução de duplas atuações e a posterior redução da impugnação, inclusive judicial, das competências para licenciamento da atividade, pelo que estarão discriminadas na lei ou em tipologias específicas.

b. Segmentação dos interesses

A redistribuição de competências segundo o critério principal da localidade do empreendimento poluidor representou política de descentralização administrativa do licenciamento ambiental, em que foram tolhidas competências do IBAMA e consolidados os poderes municipais para a atividade. A descentralização descrita realizou segmentação dos

⁷¹ Tradução livre. Trecho original: “In other words, the optimal provision of public good generally is constrained by what can broadly be defined as the public goods paradox, that is, unless the spoils of the public good are divisible there is no incentive for the individual to participate in its provision.”

interesses envolvendo os riscos ambientais e os bônus econômicos das atividades que demandam licenciamento, de maneira geral.

O princípio da subsidiariedade, que informa a articulação de competências em uma Federação, compreende que as decisões mais locais devem ser tomadas por aquele nível de governo mais próximo de onde ocorrem, permitindo-se a possibilidade de o ente central assumir as questões à medida em que aumentam sua abrangência e seus impactos (SCARDUA e BURSZTYN, 2003). Todavia, é necessário cautela ao se reconcentrar determinada matéria no órgão central, sob o risco de se incorrer no fenômeno de *scapegoating*, no qual “*as comunidades locais suportam os custos da política global*”⁷² (ROSE-ACKERMAN, 1994, p. 1598). A regulamentação excessiva em âmbito central teria por efeito nefasto enrijecer a atuação dos órgãos locais, dificultando soluções pontuais, adaptadas às peculiaridades locais.

Os efeitos dessa redistribuição de poderes no sistema federativo devem ser observados com a devida prudência e dentro do escopo geográfico existente, tendo em vista que não se tem notícia de formas ideais ou socialmente adequadas para a implementação de uma política ambiental eficaz e com bons padrões de qualidade.

Para ilustrar este prospecto, tem-se o estudo realizado por ROSE-ACKERMAN (1994) entre os sistemas alemão e norte-americano de federalismo, e o resultado da interação entre a estrutura institucional desses países e os seus impactos sobre a proteção ao meio ambiente. Para a professora, os dois modelos deixam muito a desejar no que se refere a uma estrutura normativa que adeque à divisão de interesses inerentes ao federalismo com maior proteção ao meio ambiente, porque o sistema alemão vive o problema de delegação excessiva de competências e prerrogativas aos *Länder* enquanto o sistema norte-americano padece de excessiva rigidez em relação às suas regras. Essa situação é potencializada quando se leva em consideração os elementos geográficos: os Estados Unidos possuem dimensão continental, e as peculiaridades de cada localidade demandam tratamento diferenciado, da mesma forma como a extensão territorial reduzida e uma maior densidade populacional na Alemanha permitem maior centralização das competências na União. (ROSE-ACKERMAN, 1994) Ao fim do estudo, conclui-se que

a Alemanha põe ênfase demais na implementação [da política ambiental] pelos governos estadual e local; e os Estados Unidos põem pouca. Ainda assim, os problemas subjacentes são mais sutis que essa simples generalização. A Alemanha contém exemplos de centralização excessiva, e os Estados Unidos delegam algumas

⁷² Tradução livre. Trecho original: “[...] *moving policy making making to high-level governments risks possible ‘scapegoating’--making local communities bear the cost of a global policy.*”

decisões com consequências interjurisdicionais para os governos locais⁷³. (ROSE-ACKERMAN, 1994, p. 1622)

As conclusões que podem ser transmitidas ao contexto do Brasil pós-Lei Complementar 140/2011 são de que a fragmentação dos interesses prioriza a atuação de órgãos ambientais locais em detrimento dos federais. Neste escopo, pode-se perceber o incentivo a uma maior participação dos que serão efetivamente atingidos pelas atividades poluidoras, visto que passarão a ter poder decisório. Sem embargo, esse balanço provavelmente não será o ideal, forte no argumento de que esta política desincentiva uma análise mais cuidadosa sobre os efeitos dos empreendimentos sobre outras jurisdições, o que pode gerar problemas entre os entes da Federação.

c. Abertura para deflagração de uma “guerra ambiental”

Dentro do Direito Tributário, é vasta a literatura⁷⁴ que estuda o problema da chamada “guerra fiscal” entre os Estados no Brasil. Esse fenômeno de conflito entre semelhantes decorre de uma sucessão de políticas de redução/isenção de tributos ou concessão de benefícios tributários por parte dos Estados com a finalidade de atrair investimentos de empresas (IBAÑEZ, 2006). Muito se critica a ocorrência desta prática pelo fato de que os Estados disputariam por esses investimentos, e, levada a tensão em último nível, seria uma prática capaz de enfraquecer e empobrecer esses membros da Federação.

⁷³ Tradução livre. Trecho original: Germany puts too much emphasis on implementation by state and local governments; the United States, too little. Yet, the underlying problems are more subtle than this simple generalization. Germany contains examples of excessive centralization, and the United States delegates some decisions with interjurisdictional consequences to lower-level governments. In both countries, existing political jurisdictions are not well fitted to the reality of many environmental problems. Germany and the United States need to recognize more fully the complex regional and interjurisdictional character of pollution

⁷⁴ Vide: COLOMBO, Luciléia Aparecida. Guerra fiscal na federação brasileira: a contribuição das abordagens da sociologia econômica. *Soc. estado.*, Brasília, v. 32, n. 2, p. 291-311, agosto de 2017. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922017000200291&lng=en&nrm=iso>; FERNANDES, André Eduardo da Silva; e WANDERLEI, Nélio Lacerda. *A questão da guerra fiscal: uma breve resenha*. In: Revista de Informação Legislativa. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília, ano 37, n. 148, out de 2000; MENDES, Gilmar Ferreira; e CAMPOS, Cesar Cunha (Org.) *Federação e Guerra Fiscal*. Brasília: FGV Projetos, 2011. Disponível em <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1538/Federa%E7%E3o%20e%20Guerra%20Fiscal.pdf?sequence=1>>; NASCIMENTO, Sidnei Pereira do. Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns estados participantes. *Econ. Apl.*, Ribeirão Preto, v. 12, n. 4, p. 677-706, dezembro de 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502008000400007&lng=en&nrm=iso>. PRADO, Sergio. Guerra fiscal e políticas de desenvolvimento estadual no Brasil. *Economia E Sociedade*, 8(2), 2016, pp. 1-40. Disponível em <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643141>>; e VARSANO, Ricardo. *A Guerra Fiscal do ICMS: Quem ganha e quem perde*. Texto para Discussão nº 500. Rio de Janeiro: Ipea, 1996. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2253/1/td_0500.pdf>

O argumento é de que, devido à “concorrência” por subsídios, os Estados “vitoriosos” estariam fadados a perder uma grande quantidade de créditos para a instalação das empresas, enquanto ficariam “reféns” de empresários que podem aceitar a oferta de instalação de suas indústrias em locais com melhores subsídios. (DULCI, 2002). Por outro lado, há quem defenda a competição tributária, por compreender que esta concorrência permite aos contribuintes escolher o Estado em que melhor encontra suas preferências de alocação de tributos e haveria o melhor direcionamento da prosperidade local. (SILVA, 2001)

O tema da “guerra fiscal”, decerto é polêmico, mas o aumento de competências para os órgãos estaduais promovido pela LC 140/2011 promoveu incentivo para a conflagração de nova competição envolvendo setores econômicos do Estado, desta vez no âmbito do licenciamento ambiental. Dada a falta de uma regulamentação básica de âmbito nacional, é facultada aos órgãos licenciadores a regulamentação do procedimento. Tendo em vista que, para o empreendedor, dificilmente o licenciamento ambiental passará de um “custo” para sua atividade, a tendência é que os Estados interessados em atrair grandes investimentos a seus territórios editem regulamentações paulatinamente menos rigorosas.

À semelhança do fenômeno tributário, essa “guerra ambiental” tem o escopo de promover sucessivamente uma legislação mais flexível e menos protetiva da qualidade do meio ambiente. No entanto, na seara do meio ambiente, não prevalece o argumento da prosperidade ou da inovação, tendo em vista que se trataria de um desvio das finalidades sociais do licenciamento ambiental. Nesta situação, troca-se o investimento local por maiores riscos à população humana e ao meio ambiente, mitigando-se o cuidado que se deve ter com relação à redução de impacto ambiental e à autorização de atividades poluidoras. No aspecto macro, o argumento dos opositores à “guerra fiscal” se mostra perfeitamente cabível: a cooperação entre os membros da Federação é fragilizada.

Essa situação recebe os contornos do dilema do prisioneiro⁷⁵, conforme defendido por ROSE-ACKERMAN (1994). Para tanto, a autora usa o exemplo do poder regulador dos

⁷⁵O dilema do prisioneiro é uma situação cujo equilíbrio não coincide com o ótimo de Pareto. Trata-se da seguinte situação: dois comparsas foram detidos pelo suposto cometimento de um crime e estão em celas separadas. A cada um deles é facultado confessar o crime, sendo que esta escolha implicaria que este seria solto e o outro ficaria preso por seis meses. Por questões burocráticas, caso nenhum dos dois confesse, ambos ficarão presos por um mês, mas, caso os dois realizassem o acordo, ambos ficariam três meses presos. Neste dilema, o mais racional pelo ponto de vista de um prisioneiro seria confessar, mas apenas se soubesse que o outro não o faria, da mesma forma que seria mais racional a confissão se soubesse que o outro confessou. De toda forma, pode-se sustentar que a melhor situação para ambos seria nenhum dos dois confessar, o que contradiz com as opções individuais. A aplicação dessa problemática pode ser realizada na geopolítica, como seria o caso da instalação de um míssil. Idealmente, o melhor seria que nenhum país o fizesse, pelo risco que esse armamento comporta a segurança. No entanto, caso uma nação suspeitasse que a outra instalou mísseis, a opção mais racional será fazer o mesmo, o que

Estados para instituir taxas para tratamento de lixo. O interesse de um Estado, para atrair investimentos, é reduzir o valor de suas taxas. Então,

se um governo cobra menores taxas para tratamento de lixo e outro exige que os geradores de lixo paguem taxas maiores, estes irão se mudar para a jurisdição dos que possuem taxas menores. A mudança continuará até que os salários, aluguéis e outros custos dos estados com menor taxa de tratamento de lixo aumentem ao ponto de compensar a vantagem de custo deste serviço⁷⁶. (ROSE-ACKERMAN, 1994, p. 1595)

Dadas as devidas proporções à analogia, o menor “custo” para se licenciar decorrente da legislação ambiental local mais branda será refletido pela assunção de maiores riscos pela comunidade daquele Estado. Nessas circunstâncias, a proteção ambiental fica prejudicada e é mais provável que aumentem os índices de poluição e a chance de desastres ambientais, frustrando frontalmente o objetivo de cooperação entre os entes federativos.

d. Risco de captura do órgão licenciador

A transmissão de competências do IBAMA para os órgãos estaduais no que se refere às atividades de impacto nacional ou regional representa grave risco à imparcialidade exigida do licenciador para realizar o procedimento, tendo em vista que estarão delegados à órbita local atividades com maior potencial poluente. Segundo a teoria da escolha pública (*public choice theory*), para que haja o processo decisório da regulação, existe uma negociação que envolve troca de vantagens entre os setores políticos, grupos de interesse e os reguladores (ARANHA, 2015). Adotada essa visão, quanto mais localizado, reduzido, for o setor de atuação da agência reguladora, tanto maior será a chance de se privilegiar os interesses do grupo econômico em detrimento da função regulatória da licença ambiental e FAURE (1998) enuncia, nesse sentido que os grupos de interesse escolherão intervir junto ao nível de governo em que possuem mais influência.

Dessa forma, a pressão que o licenciamento de um empreendimento de grande porte e impacto pode exercer sobre um órgão ambiental estadual é maior do que seria sobre o federal, ainda mais quando se trata de um setor que possui grande peso na economia estadual. Se, por

provocaria igual incentivo para que esta outra realizasse tal atividade. Os objetivos e incentivos individuais, portanto, divergem dos gerais. (VARIAN, 2006)

⁷⁶ Tradução livre. Trecho original: If one government charges a low fee for waste disposal and another requires waste generators to pay high fees, mobile waste producers will flock to the low-cost jurisdiction. The transfer will continue until wages, land rents, and other costs in the low-fee jurisdiction rise enough to compensate for the cost advantage in waste disposal.

exemplo, a atividade de mineração, cujo licenciamento é exigível e pode gerar impactos para além do Estado, corresponde a boa parte da economia de determinado Estado, o poder de barganha que o empreendedor terá em face do órgão estadual será maior do que ocorreria em face ao órgão federal.

Da mesma maneira, existe maior risco de captura do regulador pelos regulados, que seria a articulação política dos empreendedores em face aos legisladores e ao órgão regulador com o objetivo de privilegiar os seus próprios interesses. O fenômeno de captura se inscreve num contexto de que (i) não necessariamente a regulação é instituída em favor do interesse público e (ii) o processo político não possui explicação racional, dependendo de uma mistura dinâmica de forças (BAGATIN, 2010). Logo, há maior chance de que a articulação política de grupos de interesse intervenha na política ambiental de forma que os órgãos licenciadores locais passem a atender a interesses diversos da proteção à qualidade do meio ambiente.

Os instrumentos de cooperação e a instauração de competência supletiva, por sua vez, não seriam mecanismos eficientes para coibir esse tipo de subversão da finalidade do órgão ambiental, porque exigem, respectivamente, a voluntariedade do órgão competente e a sua incapacidade técnica para realizar o procedimento. No contexto de captura, dificilmente alguma dessas exigências será atendida, não estaria no interesse do órgão “capturado” abrir mão do seu poder sobre a instalação e o funcionamento da atividade tampouco se poderá constatar que este não teria corpo técnico devidamente capacitado para conduzir o procedimento.

Essa situação é agravada especialmente quando se leva em consideração a preponderância do poder de polícia do licenciador competente sobre os demais. Como a última palavra será do órgão governamental “capturado”, existe um desincentivo à realização de fiscalização pelos demais entes federativos sobre o empreendimento que, em tese, não atenderia aos ditames ambientais. As propostas apontadas para se contrapor à teoria da escolha pública na denominada teoria jurídico-institucional da regulação buscam reforçar a autonomia das agências reguladoras, com base nos seguintes pilares: procedimento administrativo; neutralidade do procedimento administrativo; e ambiente jurídico-institucional administrativo. Aponta-se que o fortalecimento do protagonismo do órgão regulador seria a solução para que se evite a sua captura pelos interesses de quem pretende regular.

e. Insuficiência na criação de incentivos para cooperar

A última consequência promovida pela Lei Complementar 140/2011 a se considerar é em relação aos instrumentos de cooperação instituídos expressamente pela legislação.

Idealmente, a cooperação entre diferentes níveis de governo é decisão bastante desejável, visto que, com a celebração desses pactos, cada ente federativo consegue se comprometer no que pode para a efetivação do licenciamento ambiental. Há que se considerar, entretanto, que nem sempre os objetivos práticos desses entes estão alinhados, sendo necessário, para o estabelecimento de instrumentos de cooperação mais eficazes, que sejam promovidos maiores incentivos para esse alinhamento.

A Lei Complementar 140/2011 prevê expressamente seis formas de cooperação para melhor articulação entre os membros da Federação, mas um estudo mais detido sobre esses instrumentos revela uma falha da legislação para se incentivar a realização dos instrumentos de cooperação. Em primeiro lugar, retoma-se a crítica à previsão de delegação de atribuições e da execução de ações administrativas enquanto instrumento unilateral de cooperação. A delegação perfaz política de descentralização administrativa (DI PIETRO, 2018), e pode ser considerada como medida da Administração Pública que promove mais poder decisório às instâncias mais locais. Contudo, dentro de um sistema que se propõe cooperativo, não parece que a delegação possa ocorrer de maneira ampla, porque implicaria verdadeira opção de renúncia a competência comum. O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, veda⁷⁷ a prática de atos dos membros da Federação que se excluem do cumprimento da competência comum, conforme consta na petição da ASIBAMA.

Mais adiante, instituem-se as Comissões Tripartite e Bipartite com o foco no fomento da gestão compartilhada e descentralizada de entes públicos. Existe um incentivo para a promoção de mais intensos diálogos interinstitucionais, pelo fato de essas comissões constituírem um *locus* de debate que reduz os custos de transação, principalmente levando em consideração o caráter legislador/regulamentador que esses órgãos passam a ter pela legislação. Todavia, a análise desse instrumento da LC 140/2011, assim como o dos fundos, demanda o

⁷⁷ Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. 1. L. est. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. 2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2544, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2006) (BRASIL, 2006)

estudo mais aprofundado que elementos que transcendem a lei, como os regulamentos internos, de forma que o mérito da lei se situaria apenas na criação dessas possibilidades.

Finalmente, em relação aos consórcios públicos e aos convênios, é certo que eram instrumentos de cooperação federativa existentes desde antes da LC 140/2011. O mérito da legislação foi trazer expressamente para o âmbito da proteção ao meio ambiente instrumentos que eram utilizados em outros campos da Administração. Essa escolha legislativa consolidou a possibilidade de realização desses instrumentos, mas não regulamentou maiores detalhes sobre a forma como esses pactos intergovernamentais operariam, de forma que as críticas realizadas às regulamentações desses instrumentos na seara administrativa são reproduzidas no campo do Direito Ambiental.

O caráter estritamente procedimental da Lei 11.107/2005, que regulamenta os consórcios públicos, e a lacuna normativa em relação aos convênios públicos dão ensejo a críticas principalmente na doutrina em relação à perda de autonomia dos entes governamentais por ocasião desses instrumentos de cooperação. Isto porque

a Lei não é clara quanto ao funcionamento dos consórcios públicos em relação a sua coordenação, não informando, por exemplo, como serão as deliberações do consórcio, se haverá pesos ou diferenças no voto de cada ente, impedindo que se forneça um juízo conclusivo que nos permita afirmar que não haverá interferência na autonomia do ente consorciado. (MARÇAL, 2006, p. 157)

Em suma, embora a LC 140/2011 preveja vários instrumentos de cooperação entre os entes federativos para permitir uma atuação mais articulada e integrada entre eles, essa disposição se mostrou aberta e não promoveu incentivos para a efetiva colaboração. Sob o viés da maximização de preferências, as justificativas para se cooperar seriam as razões extra-jurídicas, como vontade política, excessiva demanda de trabalho por parte de algum dos entes, e outros elementos que alterariam as prioridades de cada membro da Federação.

5. Alterações no modelo da regulação

a. Estabilização de discussões correntes antes da edição da LC 140/2011

A atribuição de efeitos *ex nunc* para os dispositivos da Lei Complementar 140/2011 promoveu a estabilização de discussões que já estavam postas antes da promulgação da lei, da mesma forma que promoveu redução de riscos para novos empreendimentos. A série de riscos que o empreendedor deveria assumir se fosse realizar o licenciamento foi reduzida, tendo em

vista que, ainda que houvessem efeitos *ex nunc* para a lei, a repetição de alguns dispositivos polêmicos da Resolução 237/97 apresentou o efeito de “convalidação ficta” daquelas previsões.

Os casos mais evidentes em que se pode observar o reconhecimento do valor jurídico de preceitos do licenciamento ambiental são o licenciamento em única instância e o licenciamento municipal. Como foi demonstrado no Capítulo 2, havia a discussão acerca da possibilidade/necessidade de o empreendedor requerer mais de uma licença, com base no amplo interesse de mais de um nível de governo. Essa incerteza gera, ao mesmo tempo, maior custo ao particular – o pagamento de mais de uma taxa de licenciamento – e a assunção de maior risco para aqueles que licenciavam em apenas uma instância como o prevê a Resolução 237/97.

Sob outra ótica, igualmente havia a previsão de que os Municípios poderiam realizar o licenciamento ambiental de atividades de impacto local, mas, por contradizer com a redação do artigo 10 da Lei 6.938/81, muitas vezes essa previsão era considerada inconstitucional na via difusa (MARÇAL, 2006). As soluções facultadas a quem desejasse realizar o licenciamento de empreendimentos desse porte seriam: (i) requerer diretamente o licenciamento do Estado, correndo o risco de este declinar sua competência; (ii) requerer o licenciamento do Município, assumindo o risco de ter a licença anulada pelo entendimento de inconstitucionalidade; (iii) realizar seu pedido nas duas instâncias; e, quando houver, (iv) requerer o licenciamento para o consórcio público entre Estado e Município. Como se pode observar, há um maior custo para o empreendedor nessas situações, e essa situação frustra o equilíbrio das expectativas deste porque, ao invés de dirimir potenciais conflitos, o Direito os gerava.

Com a nova legislação, ainda que não houvesse sua aplicação retroativa, as razões para se defender que as matérias da Resolução 237/97 por ela refletidas padecem de vícios de validade se enfraquecem. É que houve a discussão e a chancela do legislador para que essas previsões ocorressem, de forma que o artigo 10 da Lei 6.938/81 teve sua redação alterada e houve cópia exata, na lei, dos trechos impugnados da Resolução 237/97. Nisso, houve significativa redução dos riscos e custos suportados pelo particular.

Dentro da divisão de agentes em relação à sua propensão a correr riscos, esse incentivo privilegiou essencialmente aqueles que possuem tendência a fugir do risco e/ou são neutros ao assunto. Isso porque a força do princípio da legalidade no cotidiano da Administração Pública estabelece a preponderância dos dispositivos legais sobre entendimentos doutrinários ou julgamentos sem efeito vinculante, como eram as situações que buscaram mitigar os dispositivos da Resolução 237/97 apresentados.

b. Aumento do capital jurídico e a consequente adoção da prática por mais empreendedores

De uma forma geral, a Lei Complementar 140/2011 buscou trazer maior certeza para empreendedor em relação aos riscos do licenciamento: reduziu para apenas um órgão deliberativo, estabeleceu o critério da localidade (mais objetivo) para determinação de competência, e permitiu arranjos institucionais de cooperação. Do ponto de vista do empreendedor, essas disposições aumentam o valor do capital jurídico das licenças ambientais, e reduz as “barreiras de ingresso” de novos empreendedores.

O capital jurídico é conceituado como “*o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento.*” (GICO JR., 2014, p. 165) O poder normativo dessas regras jurídicas, evidenciado pela repetição de sua aplicação pelo Judiciário e demais agentes de *law enforcement* compõe a definição de segurança jurídica, instrumento pelo qual os agentes sociais realizarão seus cálculos de risco antes de realizar determinado ato. Em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, GICO JR. (2014) sustenta que o baixo investimento do Judiciário brasileiro em capital jurídico pode ser uma das causas para a sobreutilização dos mecanismos estatais de resolução de controvérsia e as consequentes baixa qualidade e morosidade da prestação jurisdicional.

Em um aspecto mais amplo, o capital jurídico de baixo valor também compromete o desenvolvimento de atividades econômicas no país, por significar maiores riscos a quem se compromete a empreender. Para melhor enunciar esta tese, basta o exemplo da instalação de uma indústria têxtil. Quando procurar investimentos e realizar o planejamento deste empreendimento, o empresário deverá levar em consideração os custos e os retornos da atividade. Porém, caso as normas que regulamentam a emissão de licenças no local de instalação, dentre as quais a ambiental, possuam relevantes lacunas, haverá um custo maior em se empreender, seja por demandar o investimento em capital humano (advogados, especialistas) seja por representar um risco ao investimento. Neste cenário, quanto mais estáveis forem as normas, tanto menor será o gasto do particular para se adaptar a elas quanto menos riscos serão assumidos nesta empreitada.

Esse raciocínio revela especial importância quando se realiza o cruzamento desta escolha legislativa com a teoria da escolha pública, explicitada na Seção 4, tópico d, deste Capítulo. Quando os agentes econômicos capturam o órgão regulador para atender seus próprios interesses, há o estabelecimento de maiores e mais arbitrárias barreiras de ingresso para novos concorrentes, e a regulamentação ambiental não está livre desse movimento

(SVORNY, 1999). O cenário de captura, por óbvio, gerou críticas, como a proferida por ADLER (1996), para quem boa parte das regulações ambientais foram elaboradas como forma de dificultar o acesso de pequenos e médios empresários ao mercado. Segundo o autor, seria do interesse de grandes companhias, que dispõem de mais verba, a manutenção de um sistema burocratizado (e ineficiente) para garantir sua reserva de mercado.

Como solução a este problema de desvio de função do Poder Público, propõe-se o aumento da complexidade do sistema regulatório, com a inclusão de novos agentes capazes de oxigená-lo e aumentar a impessoalidade que se exige no processo em questão. Neste ensejo, BAGATIN (2010) aponta que os sistemas tendentes à captura do órgão regulador são aqueles que tendem a concentrar o poder, principalmente o econômico, na mão de poucos. O remédio seria, assim, a inclusão de novos agentes dentro do quadro regulatório, de forma a se dificultar a organização de uma parcela poderosa do mercado capaz de tomar para si a atuação dos órgãos licenciadores.

Portanto, há um incentivo ao ingresso de novos agentes econômicos e uma tendência de redução à chance de captura dos órgãos licenciadores. Todavia, esta pressuposição deve ser analisada empiricamente, para se precisar o efetivo impacto dos custos, como se pode observar no cenário relatado por FREITAS (2003, p. 46):

Os custos diretos representam uma quantidade pequena quando comparados com o total, cerca de 1%. Já os custos indiretos correspondem a 10% e surgem no momento em que atrasos ocorrem durante o processo de implantação do empreendimento (Gilpin, 1995). Estes, geralmente, são decorrentes de falhas na coordenação da análise dentro dos órgãos governamentais; conflitos entre as agências ambientais e outros níveis de governo; falhas das agências e governos quanto ao tempo limite para análise; aumento do número de autoridades governamentais que participam do processo; um volume inesperado de reclamações; deficiências no próprio estudo e outros sendo estes mais comuns. (Gilpin, 1995)

c. Descentralização: redução de custos para licenciar?

A confirmação da tendência de descentralização de competências foi outra decisão legislativa em tese favorável ao ponto de vista do empreendedor, o qual passaria a dispor de um órgão ambiental mais próximo de sua localidade para realizar o licenciamento ambiental. Segundo AZEVEDO; PASQUIS e BURZTYN (2007), a descentralização do Estado corresponde a uma resposta estatal dentro do contexto pós-1990 em que a capacidade de organização e responsividade do Estado foi questionada. Para tanto, apontam para pesquisas que *“parecem demonstrar que a proximidade do governo e dos cidadãos no âmbito local*

permite um controle social mais transparente e reforça as oportunidades de participação política e, no limite, de re-legitimação do Estado” (AZEVEDO; PASQUIS E BURZTYN, 2007, p. 42).

Contudo, os mesmos pesquisadores apontam, a exemplo do estudo do caso do Estado de Mato Grosso, que nem sempre a descentralização se reverte em boas políticas de forma continuada. Em 1999, houve assinatura de um pacto federativo no qual o Estado assumiu a competência para o licenciamento de propriedades rurais e autorização para desmatamento. Em um primeiro momento, a descentralização se mostrou bastante eficaz, logrando reduzir a taxa de desmatamento em um quarto no ano de 2000; no entanto, a partir de 2003 essa tendência se inverte e há um aumento de mais de 40% no desmatamento daquele Estado. As explicações apontadas para esses dados foram o aumento do valor de exportação da soja e a chegada ao poder de um governo mais ligado a esse setor produtivo. (AZEVEDO; PASQUIS E BURZTYN, 2007)

O relato dessa experiência se relaciona intimamente com o argumento de que uma divisão de competências que privilegia o governo local pode otimizar o alcance da política ambiental, tendo em vista que a descentralização do procedimento ao governo local permite uma supervisão e um acompanhamento de forma mais barata por parte do Poder Público. Por outro lado, o déficit estrutural sobre o qual esse procedimento administrativo corre impede muitas vezes que se alcance resultados de mais longo prazo.

Quando a descentralização encontra uma estrutura local adequada, com corpo técnico suficiente e independência institucional do órgão local, os custos de transação se reduzem, tendo em vista que a interação entre o empreendedor e o órgão se torna mais próxima e facilitada. Além disso, a transferência de maior poder ordenador aos governos locais lhes permite gerir de maneira mais completa os territórios sob sua jurisdição, o que permite o cruzamento de dados ambientais, geográficos e de demais aspectos naturais de empreendimentos situados em regiões próximas. Essa redução de custos de transação permite, assim, uma gestão mais eficiente dos dados pelos órgãos ambientais, visto que terão a seu dispor mais informações e de maneira mais célere.

d. *Underdeterrence* e o licenciamento corretivo

Ainda que se possa entender o licenciamento ambiental como política regulatória maleável, sujeita aos riscos de instalação e operação de um empreendimento poluidor, esta mantém sua natureza de regulação de comando e controle, e, nesta concepção, o

descumprimento de suas determinações, como visto no Capítulo 1, implica sanções penal e administrativa. Eis uma das esferas mais sensíveis do licenciamento ambiental e possivelmente a que mais afeta o cotidiano de *law enforcement*. Em relação ao elemento sancionador do licenciamento ambiental, a LC 140/2011 se limitou a garantir a preponderância do juízo do órgão originariamente competente para realizar a fiscalização e previu a aplicação *pro futuro* de suas disposições quanto à distribuição de competências.

Silenciou, porém, quanto à chamada “licença corretiva”, tipo de licença criada por órgãos ambientais com base em dispositivo⁷⁸ da Resolução 237/97 que permite a adaptação das normas para especificidades pontuais, a qual consiste no quarto tipo de licença “*a ser concedida quando o empreendimento já se encontra em fase de instalação ou operação*” (ALVES; LEME, 2004, p. 791). FARIAS (2013), por sua vez, compreende este tipo como “*uma licença ambiental capaz de englobar, na medida do possível, os três tipos de licença existentes, visto que as exigências que deveriam ter sido feitas ao tempo da licença prévia e da licença de instalação deverão ser supridas, na medida do possível*” (FARIAS, 2013, p. 77).

A existência desse tipo de licença é o resultado de uma situação em que ocorre o *underdeterrence*, ou a hipossuficiência do efeito dissuasório da sanção por não cumprimento do licenciamento ambiental. Para melhor ilustrar essa situação, utiliza-se o exemplo de um abatedouro localizado às margens de um rio que operou sem licença ambiental alguma por um bom período de tempo. Depois de muito tempo, o empreendedor pretende regularizar sua situação e solicita a licença corretiva ao órgão ambiental competente.

Diante desse quadro, a questão que surge é: com base em que norma esse requerimento é realizado? ALVES e LEME (2004) respondem que a Resolução 06/87 CONAMA prevê a dispensa da LP e da LI quando o empreendimento já estiver disponível e que seria necessário apenas a apresentação dos documentos necessários para a LO. Todavia, esta norma, que é voltada especificamente para empreendimentos de grande porte que já operavam em 1986, vem sendo utilizada para permitir o condensamento das três licenças em uma só, a despeito do que prevê a legislação.

Por dispensar os estudos prévios de impacto ambiental, a licença corretiva subverte a lógica de regulação de comando e controle, visto que seria bastante custoso ao Poder Público embargar um empreendimento que já estivesse funcionando, ou determinar redução de impacto ambiental para uma operação poluente instalada. Nesse contexto, o caráter dissuasório da

⁷⁸ Art. 12 - O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação.

sanção é reduzido, visto que a punição esperada pelo descumprimento das exigências de licenciamento ambiental se revela não apenas menor como também é revestida de especial proteção ao empreendedor irregular, que se submete a menos riscos do que o empreendedor que desde o início do empreendimento buscou a emissão das licenças ambientais pertinentes. A Lei Complementar 140/2011, ao permanecer silente quanto a este tópico, essencialmente em concomitância com o preceito do licenciador-sancionador primário, promoveu o indesejável incentivo de permitir a continuidade da emissão de licenças “corretivas”.

6. Limitações aos modelos apresentados

Ao fim, fez-se necessário produzir a seção em que são expostas as limitações teórico-práticas dos dois modelos apresentados. Como aproximação da realidade, existem elementos que foram retirados do escopo de análise os quais podem mitigar ou potencializar os incentivos apresentados. Tendo em vista isto, e por uma questão de honestidade intelectual, serão abordadas brevemente outras variáveis que, caso consideradas, podem levar a diferentes conclusões das adotadas por este trabalho.

Em primeiro lugar, foram excluídas de apreciação as interações entre os agentes interessados e os corpos técnicos, responsáveis principalmente por realizar as prospecções de danos ambientais e as sugestões de adequação dos empreendimentos às diretrizes de controle ambiental apregoadas pelo órgão licenciador. Esse tipo de relação envolve típico problema de agência (SVORNY, 1999), em que existe uma assimetria de relação entre o agente (perito) e o principal (empreendedor/órgão ambiental). A situação se torna mais complexa à medida em que o ônus da contratação do corpo avaliador é realizada pelo empreendedor, enquanto os órgãos ambientais devem analisar os planos com seu corpo técnico próprio, o que pode gerar incompatibilidades de avaliação técnica quanto aos riscos e às possibilidades práticas de alteração do projeto do empreendimento.

Além disso, existe também a intervenção de outros agentes interessados no licenciamento ambiental, como seria o caso das audiências públicas⁷⁹ e da oitiva da Funai⁸⁰ e/ou dos povos indígenas afetados enquanto agentes intervenientes. Como participam do

⁷⁹ Resolução 237/97 CONAMA. Art. 10. O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas: [...] V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

⁸⁰ Convenção OIT 169. Artigo 6º: 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

processo, é possível que os novos contornos que a LC 140/2011 deu ao licenciamento ambiental altere a forma como sua intervenção ocorre, bem como possam promover novos incentivos a favor ou contra os objetivos institucionais expostos. Outro ponto a se considerar são os elementos empíricos do atual estado da arte: a quantidade de pedidos de licenciamento ambiental que efetivamente são realizados, os prazos em que são respondidos, quais os efetivos custos para a Administração Pública e para os particulares nesta atividade, qual a formação técnica e a composição do quadro de agentes dos órgãos ambientais. Todos esses elementos influenciam de maneira prática na implementação dessa legislação, sendo relevante constatar as limitações e os incentivos *de facto* dentro do atual sistema de proteção ao meio ambiente.

Finalmente, existe uma questão que seria pouco tangível de se apurar de maneira exaustiva, o “peso” que cada agente atribui a seus objetivos racionais, porquanto se trata de um elemento essencialmente subjetivo e pouco apreensível metodologicamente. A constatação dessas limitações ao presente trabalho, longe de traduzir precariedade em relação ao método, representa verdadeiro impulso para o aprofundamento dos estudos sobre a matéria, visto que apenas um debate qualificado, multidisciplinar e baseado em evidências conseguirá fornecer insumos para um melhor direcionamento do Direito Ambiental no país.

CONCLUSÃO

O licenciamento ambiental é instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente que tem por finalidades precípuas a concretização do desenvolvimento sustentável e a internalização pelo empreendedor das externalidades decorrentes de sua atividade. Por lidar essencialmente com o risco, esse procedimento requer uma minudente análise do órgão responsável pela sua condução, bem como a presença de dados confiáveis por parte do empreendedor interessado no processo.

Quando decide pela concessão ou renovação de licenças ambientais, pela adição de novas medidas de proteção ambiental ou condicionantes, pela negativa da concessão, ou por sua suspensão, o órgão licenciador, além de exercer poder de polícia, atua na forma de Estado Regulador da atividade econômica. Essa atividade delicada, porém de extrema importância deve resultar, em última medida, na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme estipulado na doutrina constitucional, o que exige a cooperação entre os diferentes níveis governamentais.

A Lei Complementar 140/2011, a pretexto de delimitar as competências para licenciamento e ações de cooperação entre os entes federativos, estipulou cinco principais alterações para o sistema jurídico: (i) positivou o licenciamento em única instância; (ii) trouxe nova configuração de critérios para se estabelecer a competência originária para cada ente federativo; (iii) previu expressamente novos e já reconhecidos instrumentos de cooperação; (iv) estabeleceu efeitos *ex nunc* para sua estrutura de regulamentação; e (v) trouxe o preceito do licenciador-fiscalizador primário.

Ao reajustar os custos e as incumbências relativos ao poder de polícia administrativa, a legislação criou incentivos dentro do sistema federativo para uma cooperação mais harmônica entre os seus componentes, da mesma forma em que gerou pontos de tensão indesejáveis para o sistema holístico de proteção ao meio ambiente. Os principais incentivos inseridos no sistema cooperação federal foram: (i) o aumento da certeza quanto aos critérios de competência originária e o conseqüente maior custo para deflagração de conflitos de competência; (ii) a elevação da demanda de licenciamentos sob alçada dos Estados e Municípios, elevando sua influência decisória; (iii) a aumento do risco de captura, por setores econômicos dominantes no âmbito local, do processo de licenciamento; (iv) o incentivo individual para a deflagração de uma “guerra ambiental”, impulsionada por regulamentações mais flexíveis e padrões de exigência ambientais cada vez mais baixos; e (v) houve falha no estabelecimento de incentivo para a formulação de instrumentos de cooperação.

No âmbito externo, em relação aos empreendimentos que exigem o licenciamento, a LC 140/2011 teve incidência menos incisiva. De maneira geral, buscou promover maior segurança jurídica para aqueles que normalmente veem o procedimento como mais um custo para instalação e operação de suas atividades econômicas, e tem o potencial de trazer à legalidade particulares que preferiram arriscar uma sanção administrativa e/ou penal a se submeter à situação de caos normativo existente antes da lei. Os incentivos decorrentes da legislação consistiram em: (i) redução dos riscos assumidos por quem valorizou a Resolução 237/97 à revelia das decisões dos Tribunais; (ii) a valorização do capital jurídico, por conferir maior valor agregado ao que estava estabelecido antes da vigência da lei e determinar um transição de competências mais fluida; (iii) o caráter dúbio em relação à política de descentralização, que pode tanto ocasionar incentivo para redução de custos de transação quanto representar uma perda na qualidade do processo por falta de estrutura adequada; e (iv) não houve provimento em relação à *underdeterrence* que comumente existe dentro do licenciamento ambiental, melhor exemplificado pela prática do “licenciamento corretivo”.

O objetivo deste trabalho, longe de exaurir o tema, buscou lançar luz a uma nova forma de se visualizar o Direito Ambiental, com foco tanto no aspecto macro, que envolve um meio ambiente de qualidade aos cidadãos, quanto no micro, que perpassa pelos gabinetes de decisão nos órgãos ambientais e pelos conselhos de organização e planejamento de empreendimentos. A introdução de conceitos econômicos à análise visou estabelecer uma visão mais prática, voltada para hipóteses em que não necessariamente os agentes seguirão a lei pelo seu próprio conteúdo, compreendendo que as suas consequências também importam.

A Lei Complementar 140/2011, como observado, estabeleceu uma miríade de novas regras e novos incentivos econômicos para os agentes a quem interessa o licenciamento ambiental. Por mais completo que o presente trabalho busque ser, existe ainda uma vasta gama de possibilidades a se analisar, o que inclui a própria interação entre esses diferentes incentivos, em uma acepção mais complexa. Espera-se que novas pesquisas em tão instigante área sejam inspiradas, principalmente empíricas, a fim de se constatar com maior precisão qual o “estado da arte” do licenciamento ambiental no Brasil.

Por fim, como não poderia ser diferente, constata-se que, à época da redação deste trabalho, o tema voltou à pauta do Congresso Nacional. No dia 4 de junho de 2019, o Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia criou um grupo de trabalho para melhor instruir o andamento do Projeto de Lei 3.729/2004, em apenso com mais vinte e um projetos de lei, – que pretende se transformar na Lei Geral de Licenciamento –, sob relatoria do Deputado Kim

Kataguirí. Desde então, o grupo de trabalho vem realizando uma sequência de audiências públicas para melhor qualificar o debate, e outros setores da sociedade vêm acompanhando os desdobramentos e promovendo discussões, como a Comissão de Direito Ambiental e Sustentabilidade da Ordem dos Advogados do Brasil/DF e o próprio Conselho Federal da OAB.

Como instituto que comunica tanto a economia quanto o meio ambiente, a verdade é que, por melhor que saia o resultado legislativo, novos custos e incentivos gerarão novas (ou antigas) consequências para esta política ambiental. Não se pode olvidar, todavia, que esses embates devem se operar dentro dos limites de desenvolvimento sustentável posto na Constituição, e em respeito aos elementos naturais, que possuem muito mais que mero valor econômico. O que se deve, sobretudo, evitar são situações tão trágicas quanto as da instalação da barragem de Sobradinho, imortalizadas na canção homônima de Sá e Guarabyra: *“O sertão vai virar mar, dá no coração/ O medo que algum dia o mar também vire sertão/ Adeus Remanso, Casa Nova, Sento-Sé/ Adeus Pilão Arcado vem o rio te engolir/ Debaixo d'água lá se vai a vida inteira/ Por cima da cachoeira o gaiola vai subir/ Vai ter barragem no salto do Sobradinho/ E o povo vai-se embora com medo de se afogar.”*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Juliana Mees. *Federalismo ambiental brasileiro: propostas para a redução de conflitos entre os entes federados* 2014, 88 f. Dissertação (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

ABRUCIO, Fernando Luiz. The barons of the federation. *Lua Nova*, São Paulo, n. 33, p. 165-183, Agosto de 1994. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de junho de 2019.

ADLER, Jonatan H. Rent Seeking Behind the Green Curtain. *Regulation*, n. 4, 1996. Disponível em <<https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1996/10/v19n4-4.pdf>> Acesso em 30 de junho de 2019.

AGNES, Carina Cristina, *et. al.* Uma discussão sobre a descentralização da gestão ambiental. *Revista científica eletrônica de engenharia florestal*, São Paulo: Garça, p. 53-73, ago. 2009.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Recentralizando a federação. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, n. 24, p. 29-40, Junho de 2005 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000100004&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 09 de junho de 2019.

ALVES, Alexandre Luiz Rodrigues; LEME, Ana Carolina Reis Paes. A ilegalidade da licença ambiental corretiva e seus reflexos na proteção da fauna. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.) *Congresso Internacional de Direito Ambiental (Conference on Environmental Law)* Fauna, políticas públicas e instrumentos legais. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004, pp. 783-803

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. *Federalismo Fiscal Brasileiro e as Contribuições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: Created Space, 2013.

AZEVEDO, Andréa; PASQUIS, Richard; e BURZTYN, Marcel. A reforma do Estado, a emergência da descentralização e as políticas ambientais. *Revista do Serviço Público*, 58 (1), jan/mar 2007, pp. 37-55. Disponível em <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/162/167>> Acesso em 30 de junho de 2019.

BAGATIN, Andreia Cristina. *O Problema da captura das agências reguladoras independentes*, 2010, 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

BAIMA DE ALMEIDA, Plínio Régis. O Federalismo como instrumento de consolidação da democracia. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 168-182, dez. 2009. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1937/1490>>. Acesso em: 11 jun. 2019, p. 168-182.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa, *Revista Forense*, nº 317, p. 25-45, Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1992, p. 27.

BEZERRA, Luiz Gustavo Escorcio; e GOMES, Gedham Medeiros. Lei Complementar nº 140/2011 e fiscalização ambiental: o delineamento do princípio do licenciador sancionador primário. *Revista de Direito da Cidade*, v. 9, nº 4, 2017, Rio de Janeiro, pp. 1738-1765.

BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Convalidação de licenciamento ambiental efetuado por órgão incompetente. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, p. 551-577, 2015.

BRASIL. Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional. *Agenda 21 brasileira: ações prioritárias*. 2. ed. Brasília: Ministério do Meio Ambiente: 2004.

_____. Conselho Nacional de Meio Ambiente. Resolução 01/86 CONAMA, de 23 de janeiro de 1986.

_____. Conselho Nacional de Meio Ambiente. Resolução 237/97 CONAMA, de 19 de dezembro de 1997.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto 8.437, de 22 de abril de 2015. Regulamenta o disposto no art. 7º, caput, inciso XIV, alínea “h”, e parágrafo único, da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, para estabelecer as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União.

_____. Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

_____. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

_____. Lei 8.028, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

_____. Lei 8.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

_____. 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.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt no Recurso Especial 1.387.686/PR. Relator Min. Gurgel de Faria. DJ 13 de dezembro de 2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301598785&dt_publicacao=13/02/2019> Acesso em 13 de junho de 2019.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1479316/SE. Relator Min. Humberto Martins. DJ 20 de agosto de 2015. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402252119&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 21 de junho de 2019.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.544/RS. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJ 17 de novembro de 2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>> Acesso em 2 de julho de 2019.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540. DJ de 01 de setembro de 2005. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>> Acesso em 03 de julho de 2019.

_____. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Agravo de Instrumento Agravo de Instrumento 0018353-06.2012.4.01.0000/MA. 5ª Turma. DJ 31 de julho de 2013. Disponível <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=00183530620124010000>> Acesso em 18 de junho de 2019.

_____. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Apelação Cível 0000016-65.2010.4.01.3903. 5ª Turma. Relator Des. Federal Souza Prudente. DJ 25 de abril de 2018. Disponível em <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=201039030000150&pA=201039030000150&pN=166520104013903>> Acesso em 21 de junho de 2019.

_____. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Apelação/Reexame Necessário 2006.41.01.003513-0. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 6ª Turma. Relator Des. Fed. Jirair Aram Meguerian. DJ 13/05/2019. Disponível em <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00035123220064014101>> Acesso em 12 de junho de 2019.

_____. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Apelação Cível 0025801-69.2008.4.01.0000/MA. 5ª Turma. Relatora Des. Fed. Seline Maria de Almeida. DJ 12/11/2008. Disponível em <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200801000255091&pA=200801000255091&pN=258016920084010000>> Acesso em 18 de junho de 2019.

BUSTAMANTE, Maria Magalhães de. *Licenciamento como instrumento de regulação ambiental no Brasil: Análise crítica da proposta do novo marco regulatório*, 2017, 149 f.

Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação, Governança, Tecnologia e Sustentabilidade) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2017.

CAPUANO, Tamara de Pádua. *O federalismo cooperativo e a necessidade de efetivação do direito à saúde das pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COASE, Ronald. The Problem of Social Costs. *The Journal of Law & Economics*, v. III, p. 1-44, out. 1960.

COMMONS, John R. Law and Economics. *Yale Law Journal* 34, 1925. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3074&context=yjlj>> Acesso em 26 de junho de 2019.

DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE, 16 de junho de 1972. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>> Acesso em 20 de junho de 2019.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 14 de junho de 1992. Disponível em <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambient_e_Desenvolvimento.pdf> Acesso em 20 de junho de 2019.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 261

DORF, Michael C. Federalismo instrumental e não-instrumental. *REI – Revista de Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 1-12, ago. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/270/232>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 18, p. 95-107, junho de 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782002000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 1º de julho de 2019.

EPSTEIN, Richard A. Positive and Normative Elements of Legal Education. 8 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 255, 1985. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2236&context=journal_articles> Acesso em 27 de junho de 2019.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 1.633, de 21 de dezembro de 1977.

FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FAURE, Michael G. *Environmental Regulation*, 1999. Encyclopedia of Law and Economics. Disponível em <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/2300-environmental-regulation.pdf>> Acesso em 20 de maio de 2019.

IGREJA CATÓLICA. Papa (2013 -:Francisco). *Carta Encíclica Laudato Si: sobre o cuidado da casa comum*. São Paulo: Paulinas, 2015.

FRANCISCO, Papa. *Encíclica Laudato Si'*.

FREITAS, Lúcia Helena Michels. *Implicações do licenciamento ambiental na expansão da capacidade de geração de energia elétrica*. 2003, 125 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Econômica do Meio Ambiente) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GICO JR., Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 367, set/dez 2004, pp. 163-198. Disponível em <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46462/44453>> Acesso em 1º de julho de 2019.

GUERRA, Sidney. A Competência Ambiental à luz da Lei Complementar n. 140, de 08 de dezembro de 2011. *Revista Unicuritiba*, v. 4, n. 41 (2015). Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1391>> Acesso em 29 de junho de 2019.

IBAÑEZ, Pablo. *Território e Guerra Fiscal: A Perversidade dos Incentivos Territoriais*. 2006, 163 f. Dissertação (Mestrado em Geografia Humana) – Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

KRAUS, Jody S.; COOTER, Robert. *The measure of Law and Economics*, 2014. Disponível em <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1005&context=law_econ> Acesso em 27 de junho de 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARÇAL, Cláudia. *Licenciamento e fiscalização ambiental pelos consórcios públicos*. 2006, 204 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) – Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

MCNUTT, Patrick. *Public Goods and Club Goods*, 1999. Encyclopedia of Law and Economics. Disponível em <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0750-public-goods-and-club-goods.pdf>> Acesso em 22 de junho de 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 337

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015, pp. 448

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 11. ed. Ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 174.

MOTTA, Diana Meirelles da; PÊGO, Bolívar (Orgs.) *Licenciamento ambiental para o desenvolvimento urbano: avaliação de instrumentos e procedimentos*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

OLIVEIRA NUSDEO, Ana Maria de. *O Papel dos mercados e dos direitos de propriedade na educação ambiental*. SELA (Seminário em Latinoamerica de Teoria Constitucional y Política). Papers, Paer 62, 2008.

OSTROM, Elinor. *Private and Common Property Rights*, 1999. Encyclopedia of Law and Economics. Disponível em <<https://reference.findlaw.com/lawandconomics/2000-private-and-common-property-rights.pdf>> Acesso em 29 de junho de 2019.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

POSNER, Richard A. Values and consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 53 (2D Series)*, 1998. Disponível em <https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf> Acesso em 27 de junho de 2019.

_____. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO IBAMA. Orientação Jurídica Normativa 43/2012/PFE/IBAMA, de 25 de novembro de 2016.

RAMMÊ, Rogério Santos. Federalismo ambiental cooperativo e mínimo existencial socioambiental: a multidimensionalidade do bem-estar como fio condutor. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, julho/dezembro de 2013, pp. 145-161.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Environmental Policy and Federal Structure: A Comparison of the United States and Germany. *Faculty Scholarship Series* 589, 1994. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/589/> Acesso em 30 de junho de 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito FGV*. Estudo 22, v. 5, n. 2, março 2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 27 de junho de 2019.

_____. O que é “Direito e Economia”? *Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 1, n. 1, p. 1-17, 2009. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>> Acesso em 28 de junho de 2019.

SCARDUA, Fernando Paiva; BURSZTYN, Maria Augusta Almeida. Descentralização da política ambiental no Brasil. *Soc. estado*, Brasília, v. 18, n. 1-2, p. 291-314, Dezembro de 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922003000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de junho de 2019.

SCHMITT, Jair; SCARDUA, Fernando Paiva. A descentralização das competências ambientais e a fiscalização do desmatamento na Amazônia. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 5, p. 1121-1142, out. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000501121&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 11 junho de 2019.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Napoleão Luiz Costa da. *Uma resenha sobre a competição tributária entre jurisdições*. Texto para discussão nº 819. Rio de Janeiro: Ipea, 2001. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2694/1/TD_819.pdf> Acesso em 1º de julho de 2019.

SILVA, Paulo Régis Rosa da. Repartição constitucional de competências em matéria ambiental. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, Nova Fase, v. L., n. 27, p. 198, 1992.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, 1971, pp. 3-21.

SVORNY, Shirley. *Licensing, Market Entry Regulation*. Encyclopedia of Law and Economics. Disponível em <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/5120-licensing-market-entry-regulation.pdf>> Acesso em 29 de junho de 2019.

ULEN, Thomas S. *Rational Choice Theory in Law and Economics*, 1999. Encyclopedia of Law & Economics. Disponível em <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0710-rational-choice-theory-in-law-and-economics.pdf>> Acesso em 20 de junho de 2019.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: conceitos básicos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2006.