



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Thiago Serpa Erthal

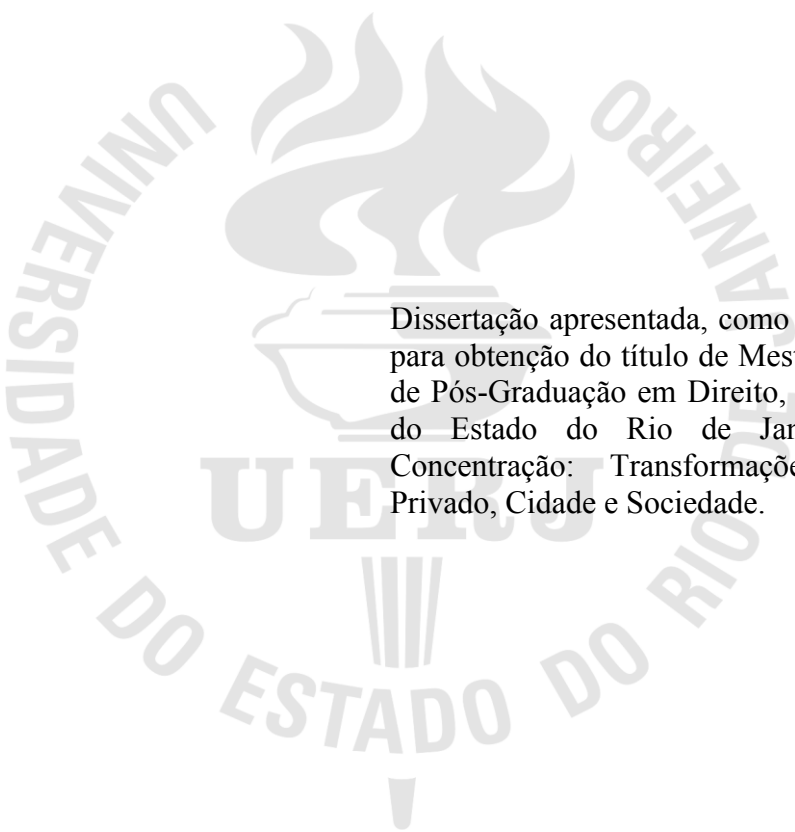
Revisibilidade das licenças ambientais

Rio de Janeiro

2014

Thiago Serpa Erthal

Revisibilidade das licenças ambientais



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Arícia Fernandes Correia

Coorientadora: Prof^ª. Dr^ª. Danielle de Andrade Moreira

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

E73 Erthal, Thiago Serpa.

Revisibilidade das licenças ambientais / Thiago Serpa Erthal. – 2014.
173 f.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Arícia Fernandes Correia.

Coorientadora: Prof^ª. Dr^ª. Danielle de Andrade Moreira.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito ambiental - Teses. 2. Licença ambiental – Teses. 3. Política
ambiental – Teses. I. Correia, Arícia Fernandes. II. Universidade do Estado do
Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.6

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Thiago Serpa Erthal

Revisibilidade das licenças ambientais

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovado em 26 de agosto de 2014

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dr^ª. Arícia Fernandes Correia (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^ª. Dr^ª. Danielle de Andrade Moreira (Coorientadora)

Pontifícia Universidade Católica - RJ

Prof^ª. Dr^ª. Vânia Siciliano Aieta

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio

Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2014

AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, agradeço em primeiro lugar a Juliana, minha esposa, por tudo. Quando eu estava para começar a orientar minhas ideias e coloca-las no papel, sofri uma lesão de tornozelo. Ruptura completa de dois ligamentos. Muletas, fisioterapia, exames, uma possível cirurgia pela frente e dor, muita dor! Mais do que tudo, doeu-me sobremaneira a possibilidade de sequelas que me impedissem de praticar os esportes que mais gosto: futebol e surf.

No dia em que saí da segunda consulta médica, quando recebi esse possível prognóstico, desabei. Chorei ainda no elevador, sem conseguir disfarçar minha tristeza. Do meu lado, tentando me acalmar, lá estava ela. E, durante os meses que se seguiram, lá estava ela. O primeiro capítulo foi todo escrito deitado no sofá, sem conseguir me levantar. Para me ajudar, adivinhe quem... ela. De quebra, ainda revisou o texto, criticou, sugeriu modificações etc.

Agradeço também aos meus pais. Hoje, eu não seria quem sou se não fosse pela minha mãe. Jamais esquecerei que era ela quem me ajudava a estudar para as provas, em especial para aquelas que tinha mais dificuldade (ironicamente, ciências sociais). Minha impressão é que, sem seu auxílio, teria tido bastante dificuldade até no ensino básico. Vestibular então...

Meu pai não fez por menos. Nas exatas, não tinha para ninguém. Até hoje, para discutir direito com ele, tenho que dar uma estudada antes. Inventário, imposto de renda, contratos e licitações então, nem se fale. E olha que ele nem tem formação jurídica. Enfim, ambos têm contribuição inestimável para minha vida profissional e pessoal.

À minha irmã, agradeço por coisas que ela nem sabe que fez. Não tenho certeza, mas sinceramente acho que foi pelo exemplo dela que decidi fazer faculdade de direito, mesmo quando tudo indicava que eu devesse seguir caminho diferente. E não me arrependo. Sua admiração é, com certeza, fonte para que eu tenha autoconfiança de defender minhas ideias.

Agradeço aos meus avós por seu amor incondicional. Se a família é a base de tudo, foram vocês que formaram esses pilares.

Por fim, às minhas orientadoras Arícia e Danielle, agradeço por não terem sido apenas uma figura folclórica. Leram tudo, comentaram, criticaram, elogiaram, sugeriram argumentos, bibliografia. Enfim, foram as professoras que o Brasil se ressentiu de nem sempre ter. Sem vocês, certamente minha pesquisa seria pior.

A todos aqueles que de qualquer forma, direta ou indiretamente, me auxiliaram nessa empreitada, um muito obrigado!

RESUMO

ERTHAL, Thiago Serpa. *Revisibilidade das licenças ambientais*. 2014. 172f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Este trabalho tem como escopo analisar e delimitar o conceito, espécies, requisitos e consequências da revisibilidade das licenças ambientais. Não raras vezes, empreendedores, administradores públicos, juízes e todos os demais operadores do direito se veem em situações que contrapõem a estabilidade das relações jurídicas e a confiança legítima do comportamento estatal à necessidade de proteger o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações. A revisão de licenças ambientais ainda vigentes é exatamente um dos campos onde essa análise tem espaço. Seja em circunstâncias provisórias ou definitivas, seja advinda de uma nulidade anterior ou de um fato ulterior, em determinadas hipóteses a iminência de dano ambiental faz com que o poder público não possa esperar o término da vigência do ato autorizativo para agir. Ao longo do texto, fixam-se as premissas para examinar cinco espécies de revisão: suspensão, modificação, cassação, invalidação e revogação das licenças ambientais, todas orientadas por algumas ideias comuns, mas cada uma delas com suas especificidades. Apresentam-se, outrossim, alguns contrapontos ao cabimento dessas medidas, notadamente a garantia constitucional de proteção do direito adquirido, não como objeção indiscriminada à atuação estatal, mas como forma de limitação dessa nos estreitos contornos traçados pelos princípios envolvidos. Ao final, trata-se também das consequências que podem advir desse ato revisor, em especial no que tange ao eventual cabimento de indenização ao empreendedor por ele afetado.

Palavras-chave: Direito ambiental. Licenciamento ambiental. Revisibilidade. Suspensão. Modificação. Cassação. Invalidação. Revogação. Conceitos jurídicos indeterminados. Supremacia do interesse público. Teoria da imprevisão. Direito adquirido.

ABSTRACT

ERTHAL, Thiago Serpa. *Revisibility of environmental permits*. 2014. 172f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This work has the objective to analyze and define the concept, species, requirements and consequences of revisibility environmental licenses. Too often, entrepreneurs, public administrators, judges and all other law enforcement officers find themselves in situations that contradict the stability of legal relations and the legitimate expectations of state behavior to the need to protect the balanced environment for present and future generations. A further review of existing environmental permits is one of the fields where this analysis has room. Whether in temporary or definitive circumstances, whether arising from an earlier invalidity or an ulterior fact, under certain circumstances the imminence of environmental damage means that the government can not expect the expiration date of the primitive act to take action. Throughout the text, the assumptions set up to examine five species for revision: suspension, modification, revocation, invalidation and revocation of environmental licenses, all guided by some common ideas, but each with its specificities. They appear, moreover, some counterpoints to the appropriateness of these reviews, notably the constitutional guarantee of protection granted, not as indiscriminate objection to state action, but by way of limitation in this narrow contours outlined by the principles involved. Finally, it is also about the consequences that this act reviewer, in particular with regard to the appropriateness of any compensation to the entrepreneur affected by it.

Keywords: Environmental law. Licensing. Revisibility. Suspension. Modification. Cassation. Invalidation. Revocation. Indeterminate juridical concepts. Supremacy of the public interest. Theory of unpredictability. Protection granted.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	Agravo de Instrumento
CC	Código Civil
CCo	Conflito de Competência
CF/88	Constituição Federal de 1988
CECA	Comissão Estadual de Controle Ambiental (RJ)
CETESB	Companhia Ambiental do Estado de São Paulo
CNEN	Comissão Nacional de Energia Nuclear
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CONEMA	Conselho Estadual de Meio Ambiente
CPA	Código de Procedimento Administrativo Português
DJ	Diário da Justiça
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
EIS	<i>Environmental Impact Statements</i>
EPA	<i>United States Environmental Protection Agency</i>
FCP	Fundação Cultural Palmares
FEEMA	Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (RJ)
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMBio	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
IEF	Instituto Estadual de Florestas (MG)
IN	Instrução Normativa
INEA	Instituto Estadual do Ambiente (RJ)
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
LCp	Lei Complementar
LI	Licença de Instalação
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro
LIO	Licença de Instalação e Operação
LO	Licença de Operação
LP	Licença Prévia
LPI	Licença Prévia e de Instalação

MMA	Ministério do Meio Ambiente
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
MPv	Medida Provisória
NEPA	<i>National Environmental Policy Act</i>
OJN	Orientação Jurídica Normativa
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
PNMA	Política Nacional do Meio Ambiente
PNRH	Política Nacional de Recursos Hídricos
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
SNUC	Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCA	Termo de Compromisso Ambiental
TJ	Tribunal de Justiça
TR	Termo de Referência
TRF	Tribunal Regional Federal
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	MEIO AMBIENTE E INTERVENÇÃO ESTATAL	12
1.1	Do <i>laissez-faire</i> ambiental à proteção holística do meio ambiente	12
1.2	Aspectos da constitucionalização do meio ambiente	17
1.3	Fundamento ético das normas ambientais	26
1.4	Princípio da solidariedade e o dever de intervenção estatal	33
1.5	Dimensão econômica do direito ambiental	39
1.6	Implementação da proteção ambiental	45
2	TEORIA GERAL DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL	51
2.1	Conceito	51
2.2	Surgimento das bases normativas	54
2.3	Competência	57
2.4	Fases do licenciamento	64
2.5	Licenças ambientais e sua natureza jurídica	70
2.5.1	<u>Exposição do problema</u>	70
2.5.2	<u>Vinculação e discricionariedade</u>	76
2.5.3	<u>Proposta de definição da natureza jurídica</u>	82
3	REVISIBILIDADE DAS LICENÇAS AMBIENTAIS	86
3.1	Conceito	86
3.2	Suspensão	92
3.3	Modificação	95
3.4	Cassação	102
3.5	Invalidação	105
3.6	Revogação	115
3.6.1	<u>A teoria da imprevisão</u>	117
3.6.2	<u>O princípio da supremacia do interesse público</u>	122
3.6.3	<u>Requisitos da revogação</u>	128
3.6.4	<u>Revogação própria e imprópria</u>	136
3.7	Direito adquirido, indenização e desapropriação	140
3.8	Competência para revisão	151
	CONCLUSÃO	155
	REFERÊNCIAS	162

INTRODUÇÃO

O licenciamento ambiental é certamente um dos mais importantes instrumentos de execução da Política Nacional do Meio Ambiente. Cuida-se de real forma de implementação do princípio da prevenção, que se aperfeiçoa amiúde desde sua criação no Brasil, na segunda metade da década de 1970 e início dos anos 80.

Com efeito, ante a impossibilidade humana de restaurar a natureza ao seu *status quo ante*, o direito ambiental não se amolda à lógica repressiva como vetor primário. A prevenção do dano ao meio ambiente deve ser sempre preferível, se comparada a eventual medida de reparação deste. Daí a multicitada incidência desse princípio e, portanto, um dos fundamentos que traduzem a relevância do licenciamento ambiental.

Isso não significa – advirta-se – que a natureza é intocável, imutável pela impossibilidade humana de lhe produzir e reproduzir. O princípio da prevenção e o licenciamento ambiental não podem ser encarados como instrumento de paralização socioeconômica. Devem ser visto, ao contrário, como mecanismo de controle e ponderação da atividade do homem.

A degradação do meio ambiente prevista e admitida por aqueles que detêm competência para tanto – desde que não excessiva – não é dano, é impacto. O licenciamento, portanto, objetiva impedir o dano e controlar o impacto, até mesmo para evitar que este se transmude naquele. E, ao cumprir seu mister, termina por concretizar em última instância a própria ideia de desenvolvimento sustentável, tão cara à sociedade moderna.

Porém, a natureza, bem como sua interdependência com o ser humano, não é estática. Trata-se, em sentido oposto, de uma relação marcada por um constante processo de mutação e acomodação. Nessa esteira, a modificação de uma das variáveis envolvidas sem a devida readequação das demais pode resultar em um verdadeiro desastre ao meio ambiente, com consequências potencialmente gravosas.

Assim, tal como a relação subjacente, o licenciamento ambiental como instrumento de implementação da legislação (*enforcement*) deve também conter uma cláusula de adaptação à realidade atual. A essa característica do licenciamento dá-se o nome de revisibilidade, expressamente referida no art. 9º, inciso IV, da Lei 6.938/81¹.

¹ Lei 6.938/81, art. 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

Não obstante a previsão legal, a revisão das licenças ambientais é assunto pouco explorado no Brasil. E essa lacuna se torna socialmente relevante ao se constatar que os fatos não esperam as normas jurídicas. Cotidianamente, administradores, juízes e empreendedores enfrentam problemas decorrentes da revisão de licenças ambientais, desde alguns mais simples (nulidade insanável de uma licença prévia) até outros de grande complexidade para o direito (revogação de uma licença de operação por fato superveniente). A importância pragmática do tema é patente.

Em termos científicos, o direito se ressentia de maior aprofundamento teórico, até mesmo como fonte paradigmática para lastrear a tomada de decisão à vista das circunstâncias do caso concreto. Atualmente, as premissas fixadas no direito administrativo, que ignoram a principiologia própria da esfera ambiental, conduzem a um decisionismo casuístico, impróprio à segurança jurídica que se almeja alcançar.

Focado em preencher essa demanda social e jurídico-científica, objetiva-se na presente dissertação analisar o conceito de revisibilidade das licenças ambientais, suas espécies, suposições de cabimento e requisitos, sempre em cotejo com seu principal contraponto, qual seja, a proteção ao direito adquirido e à confiança no comportamento estatal. Em suma, pretende-se confirmar a seguinte hipótese: observadas determinadas condições, é cabível a revisão de uma licença ambiental mesmo antes de encerrada sua vigência temporal.

Feito esse recorte, impõe-se esclarecer a metodologia do estudo proposto. A dissertação foi dividida em três capítulos, todos lastreados eminentemente em pesquisa teórico-conceitual, através de dados coletados na doutrina atualmente existente. O primeiro deles – meio ambiente e intervenção estatal – se propõe a expor algumas premissas não especificamente ligadas ao licenciamento, mas ao direito ambiental como um todo.

A princípio, os diversos pontos nele tratados podem parecer esparsos e desconexos. Mas durante todo o texto as ideias nele referidas vão sendo retomadas, de forma que a dissertação vista em sua completude se torna ao mesmo tempo complexa e coerente. E, talvez mais importante, fixam-se bases para o raciocínio que se desenvolve na terceira parte do estudo.

Por sua vez, o segundo capítulo – teoria geral do licenciamento ambiental – também se sobressai por seu conteúdo mais expositivo e menos criativo. Buscou-se mais uma vez traçar premissas para aquele que se segue, porém especificamente no âmbito do licenciamento. Em ambos os momentos, não se furtou de colocar algumas questões controversas, mas sem o devido aprofundamento que mereciam, evitando fugir ao tema principal.

Finalmente, o terceiro capítulo – revisibilidade das licenças ambientais – corresponde ao espaço em que se viabilizou, ante a pouca investigação pretérita pela doutrina, maior liberdade de argumentação e criação. Propôs-se o conceito de revisibilidade das licenças ambientais não como simples característica dessas, mas outrossim como um instrumento autônomo e complementar da PNMA. Expôs-se ainda suas espécies: suspensão, modificação, cassação, invalidação e revogação.

A metodologia de estudo dessa terceira etapa – eminentemente teórico-conceitual fulcrada em dados coletados na doutrina – foi complementada por pesquisa jurisprudencial junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Com relação a esses dois tribunais, observou-se maior rigor nos critérios utilizados, mediante predefinição de palavras-chave genéricas e leitura de todos os resultados surgidos no repositório oficial (ementa e inteiro teor).

Já no que tange aos demais tribunais, os julgados citados foram extraídos de artigos acadêmicos, *sites* de pesquisa (em especial, www.jusbrasil.com.br), notícias publicadas na mídia, auxílio de terceiros etc. Enfim, quanto a eles, não se observou rigor metodológico na investigação, não sendo possível afirmar peremptoriamente que os precedentes citados correspondem à jurisprudência dominante. Não obstante, pela tendência observada, parece que sim.

Três pontos desse capítulo merecem destaque, por sua índole inovadora. Primeiramente, a diferenciação entre suspensão autônoma e cautelar. Em segundo lugar, a ideia de cassação como penalidade administrativa, e não como tipo de revisão das licenças ambientais. Por fim, a distinção daquilo que se chamou de revogação própria e imprópria, a partir do conceito jurídico indeterminado subjacente a cada uma delas.

Outra contribuição foi a redefinição dos requisitos para a revogação das licenças ambientais, antes somente associada ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Foi trazida, e ademais transmudada em princípio, a ideia de atualidade do licenciamento – em contraposição à tão preceituada estabilidade das relações jurídicas – como fator determinante dessa equação.

É evidente que o tema não foi esgotado. Nem se tinha a pretensão de fazê-lo. Neste trabalho, buscou-se tão-somente dar uma contribuição para a compreensão e delimitação desse instrumento que, no que pese sua relevância social e científica, não vem sendo objeto de muitos estudos dirigidos.

1 MEIO AMBIENTE E INTERVENÇÃO ESTATAL

1.1 Do *laissez-faire* ambiental à proteção holística do meio ambiente

Ainda que não se tenha como precisar um marco temporal, por absoluta impossibilidade material, o ânimo do ser humano de preservar os bens naturais necessários à sua sobrevivência não é novo. Ao contrário, há exemplos que permitem constatar esse ímpeto há séculos. O filósofo grego Hipócrates, considerado por muitos o pai da medicina, ainda no século IV a.C., já analisava a influência da natureza sobre a saúde humana, afastando a ideia então predominante segundo a qual determinadas enfermidades caracterizariam castigo divino².

Até mesmo as tão difundidas unidades de conservação remontam pelo menos 140 anos de existência, se tomarmos por base a criação do Parque Nacional de Yellowstone, nos Estados Unidos da América, inaugurado em 1º de março de 1872, cobrindo uma área de aproximadamente 8.980 km². As relativamente recentes designações desse parque como reserva da biosfera (1976) e patrimônio mundial pela UNESCO (1978)³ demonstram a pertinência de sua preservação no século que lhes precedeu.

O Brasil, por sua vez, também não foge a essa regra. Com efeito, através do Decreto-real de 13 de junho de 1808, o Príncipe-regente dom João de Bragança, em nome de sua mãe incapacitada Rainha Dona Maria I, mandou tomar posse do engenho e terras denominadas Lagoa Rodrigo de Freitas para criar naquele espaço o Jardim de Aclimação, com a finalidade de aclimatar as plantas de especiarias oriundas das Índias Orientais⁴, posteriormente transformado no Jardim Botânico do Rio de Janeiro.

Contudo, não obstante esses casos em que se constatava uma certa preocupação com a preservação de elementos da natureza, não parece correto afirmar que havia um direcionamento institucional nesse sentido. Pelo contrário, os exemplos citados denotam exceções ao pensamento então vigente, que praticamente ignorava o problema, notadamente

² Cf. <<http://greciantiga.org/arquivo.asp?num=0267>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

³ Informações constantes no *site* da UNESCO: <<http://whc.unesco.org/en/list/28>>. Acesso em: 27 set. 2013.

⁴ Histórico disponível em: <<http://www.jbrj.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2013.

se cotejado com questões mais prementes aos governantes e, também, à população de uma maneira geral.

Na primeira metade do século XIX, ainda se vivenciava essa primeira fase de rara proteção dos bens da natureza, um verdadeiro *laissez-faire* ambiental⁵. Contudo, no âmbito estritamente jurídico, não se pode desconsiderar a relevância de algumas leis então editadas. O Código Florestal promulgado pelo presidente Getúlio Vargas – Decreto 23.793, de 23 de janeiro de 1934 – é certamente uma dessas.

Referido diploma foi criado em período no qual a organização social brasileira vivia profunda transformação. Segundo Paul Singer, o surgimento das primeiras indústrias, associado a outros fatores como a imigração decorrente das variadas crises internacionais, resultaram em alteração da hierarquia entre o campo e a cidade⁶. No mesmo sentido, Roberto Monte-Mór, analisando o papel e a importância das cidades brasileiras na organização do espaço econômico, verifica a modificação do perfil social focado na produção rural para uma predominância de serviços urbanos⁷.

Nesse contexto, é verossímil afirmar que a edição do Código Florestal de 1934 tinha nítido viés econômico, já que esse processo de alteração do tecido social, associado à expansão das plantações cafeeiras, implicava aumento da distância entre as cidades e as florestas e, por consequência, no incremento do custo de transporte de lenha e carvão, importantes insumos energéticos da época. Daí a solução legal de se vedar que os proprietários de terras derrubassem mais do que três quartos das florestas⁸.

No que pese essa finalidade econômica, a aprovação de tal lei já demonstra certa preocupação, ainda excepcional diante do liberalismo predominante, quanto à necessidade de proteção dos bens naturais imprescindíveis para a sobrevivência humana. Marca dessa época

⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48-82, abr./jun. 1999, p. 51. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34690>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁶ SINGER, Paul. *Economia política da urbanização*. 4ª ed. Brasília: Brasiliense, 1977, p. 105-13.

⁷ MONTE-MÓR, Roberto Luís de Melo. *Gestão urbana e o planejamento urbano-regional no Brasil*. In: DINIZ, C. C.; LEMOS, M. B. (org.). *Economia e território*. Belo Horizonte: UFMG, 2005, pp. 430-2.

⁸ Decreto 23.793/34, art. 23. Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de tres quartas partes da vegetação existente, salvo o disposto nos arts. 24, 31 e 52. § 1º O dispositivo do artigo não se applica, a juizo das autoridades florestaes competentes, às pequenas propriedades isoladas que estejam proximas de florestas ou situadas em zona urbana. § 2º Antes de iniciar a derrubada, com a antecedencia minima de 30 dias, o proprietario dará sciencia de sua intenção á autoridade competente, afim de que esta determine a parte das matas que será conservada.

a criação de alguns instrumentos existentes até os dias atuais, mesmo que com outro *nomen juris*, como a reserva legal e as áreas de preservação permanente⁹.

Seguiu-se a esse período uma fase de proteção fragmentária dos bens naturais, na qual a questão já figurava na agenda institucional do país e do mundo. No Brasil, mais especificamente no que tange à produção normativa, seu clímax se deu nas décadas de 1960 e 70, quando foram aprovadas diversas leis cujo objeto era a preservação dos mais variados recursos da natureza, das quais se pode destacar o Código Florestal de 1965, os Códigos de Caça, de Pesca e de Mineração, todos de 1967, a Lei de Responsabilidade por Danos Nucleares de 1977¹⁰, dentre outras.

Sobre esse momento, Herman Benjamin lembra que, no plano ético, o ordenamento jurídico percebia a degradação ambiental sob a ótica utilitarista, computando no cálculo de maximização do bem-estar coletivo apenas aqueles bens dotados, direta ou indiretamente, de valor econômico¹¹. Não se tratava de reconhecer valor intrínseco aos recursos naturais, mas tão-somente de preservação de bens importantes para o homem, e apenas daqueles que lhe convinha proteger para benefício próprio.

Nessa esteira, não foi por coincidência que o legislador de 1967 não se referiu, no art. 2º do Código Florestal, às *áreas* de preservação permanente, mas sim às *florestas* de preservação permanente. Seu objetivo, à época, era a proteção dos recursos naturais, não havendo sentido que se mantivesse a restrição de uma área por si só, sem que estivesse devidamente coberta pela vegetação de interesse no resguardo.

A década de 1970 para o mundo e a de 80 para o Brasil trazem à baila um verdadeiro giro epistemológico no trato da questão, passando da referida etapa fragmentária ao terceiro e atual período, que se pode denominar fase holística. Nesta, não se cuida mais dos bens naturais isoladamente, mas tomados em conjunto numa universalidade incindível chamada meio ambiente.

Sem dúvida, em âmbito internacional, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo entre os dias 5 a 16 de junho de 1972, é o marco temporal e normativo para essa guinada que se anunciou. Foi a primeira vez que os países

⁹ A reserva legal é originária do dispositivo transcrito na nota de rodapé anterior. Já as áreas de preservação permanente eram chamadas de florestas protetoras, cuja previsão vinha no art. 4º do mesmo diploma.

¹⁰ Respectivamente, Lei 4.771, de 15/09/1965, Lei 5.197, de 03/01/1967, Decreto-lei 221, de 28/02/1967, Decreto-lei 227, de 28/02/1967, e Lei 6.453, de 17/10/1977.

¹¹ BENJAMIN, op. cit., pp. 51 et seq.

representativos de toda a comunidade internacional se propuseram a discutir a questão ambiental como um possível limitador do desenvolvimento econômico.

Na ocasião, participaram dos debates 113 países e 250 organizações não governamentais sobre temas como poluição do ar, da água e do solo, acúmulo de dejetos e surgimento de casos críticos de degradação ambiental¹². Houve uma clara divisão entre os países do norte, grupo dos conservacionistas, que defendiam uma divisão por todos dos encargos decorrentes da necessidade de proteção ambiental, e os do sul, denominados desenvolvimentistas, os quais defendiam que esses custos deveriam recair somente sobre aqueles.

É interessante observar que o Brasil, mesmo tendo à época aprovado diversas leis de proteção de recursos naturais, se opôs a aceitar que se limitasse seu crescimento econômico em prol do meio ambiente universalmente considerado, aliando-se ao grupo dos desenvolvimentistas. Até mesmo porque vivia-se, então, o “milagre econômico”, período no qual o PIB cresceu com média superior a 10% ao ano¹³.

O mundo, destarte, ou no mínimo parte considerável dele, propunha-se a tratar o meio ambiente como um todo, uma universalidade indivisível. O Brasil, por sua vez, recusava-se em fazê-lo, optando por conservar apenas os recursos naturais que lhe convinham individualmente, em clara demonstração de ainda se orientar pelos princípios do modelo fragmentário acima descrito.

A mudança paradigmática veio pouco tempo depois, no início da década de 1980, quando a poluição industrial era tema quase diário nos noticiários brasileiros. O caso de Cubatão, município do interior de São Paulo apelidado de “vale da morte”, era o maior exemplo dessa situação. Nessa época, a ONU classificou a cidade, dentre todas as demais examinadas, como a mais poluída do mundo¹⁴.

Foi nesse contexto de desastre ambiental que entrou em vigor a Lei 6.803, de 2 de julho de 1980, que dispunha sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição. Tal texto tinha caráter bastante limitado e não servia para a modificação substantiva que se pretendia. Por outro lado, há um certo consenso doutrinário que a Lei

¹² MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 1533.

¹³ Mais precisamente, o crescimento do PIB foi de 10,4% em 1970, 11,3% em 1971, 11,9% em 1972 e expressivos 14% em 1973, com uma drástica redução da variação para 8,2% em 1974. Cf. IBGE, *Séries Estatísticas e Séries Históricas*. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2013.

¹⁴ Cf. BARBOSA, Américo. *Agenda 21 de Cubatão - Uma história feita por muitas mãos*. Cubatão: CIDE/CIESP, 2012. Disponível em: <<http://www.agenda21cubatao.com.br/livro.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2013.

6.938, sancionada cerca de um ano depois, em 31 de agosto de 1981, ao contrário do diploma que lhe precedeu, marcou no ordenamento jurídico nacional esse giro epistemológico que, em âmbito internacional, já fora observado há quase uma década, com a Conferência de Estocolmo.

Cuida-se da lei que regulamentou e até hoje disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), instituindo princípios gerais, definindo conceitos, estabelecendo objetivos e criando instrumentos visando à proteção do meio ambiente holisticamente considerado. Se antes o todo era protegido pelas partes, agora admite-se um valor próprio: a universalidade natural em si mesma.

Isso porque, não há como negar, a questão ambiental não obedece regras nem fronteiras. Ela não se limita por institutos tipicamente culturais como o nexos de causalidade, soberania nacional ou qualquer outra criação do homem. Ao contrário, se estende a todos indiscriminadamente, afetando a qualidade de vida e, eventualmente, a própria sobrevivência, inclusive das pessoas que porventura não tenham contribuído para sua degradação. Não há porquê fragmentar aquilo que, pela própria essência, não pode ser dividido.

Nesse diapasão, há apenas algumas décadas o ser humano não acreditava em seu poder de influenciar – criar, modificar ou destruir – a natureza, mas no máximo determinar a existência de um ou alguns bens dela extraídos. Hoje, no que pesem certas divergências pontuais¹⁵, já se compreende como regra geral esse poder e, conseqüentemente, o conexo dever de manutenção desse “equilíbrio” natural, independente do parâmetro ético que se escolha como regente dessa relação. Em outras palavras, seja qual for a posição do homem em relação à natureza, problema que se abordará em seguida, cabe-lhe zelar pela sua preservação, de forma a viabilizar sua existência atual e futura.

Se não o primeiro, ao menos um dos principais expositores do problema, Garrett Hardin anunciou, com ênfase na questão da superpopulação, aquilo que chamou de tragédia dos comuns¹⁶. Para o autor, é instintivo ao homem explorar a natureza em benefício próprio sem considerar as conseqüências coletivas e/ou de longo prazo daí decorrentes. A liberdade do ser humano em exercer esse instinto implicaria, inevitavelmente, essa tragédia anunciada. Logo, essa liberdade irrestrita deveria ser limitada, impondo-lhe não só uma obrigação de não degradar, como também de zelar pela preservação do meio ambiente.

¹⁵ Por exemplo, a influência humana no processo de aquecimento global.

¹⁶ HARDIN, Garrett. The Tragedy of Commons. *Science*, v. 162, 1968, p. 1243-8. Disponível em: <http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html>. Acesso em: 29 set. 2013.

Esse dever de proteção da natureza, associado ao anseio por perseguir o crescimento econômico e evolução social, norteia a ideia de desenvolvimento sustentável. Seu conceito técnico mais aceito é aquele constante no relatório Brundtland¹⁷, ou seja, o desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades¹⁸.

Foi a partir desse relatório que a ONU decidiu organizar uma nova conferência mundial que retomasse e estendesse os compromissos internacionais de preservação do meio ambiente assumidos anos antes. Vinte anos depois da Conferência de Estocolmo, entre 3 e 14 de junho de 1992, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.

Em postura diametralmente oposta àquela perfilhada duas décadas antes, o Brasil ostentou papel de destaque na defesa do meio ambiente, passando a assumir e exigindo que se assumissem obrigações que modificassem o processo desenvolvimentista indiferente à questão ambiental. Reafirmava-se, dessa forma, no país e no mundo, a fase holística de proteção do meio ambiente, já então e até hoje plenamente consolidada.

Não se pode empreender qualquer pesquisa séria sobre o meio ambiente se o desenvolvimento sustentável não for tomado como premissa fundamental, sob esses dois prismas. Em primeiro lugar, há uma obrigação de preservação da natureza de forma a viabilizar a existência da presente e das futuras gerações. Em segundo, essa preservação não deve se adstringir a determinados recursos naturais, mas se ampliar para o meio ambiente compreendido como um todo indivisível.

1.2 Aspectos da constitucionalização do meio ambiente

Se, por um lado, a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente marcou a passagem da fase fragmentária para a holística, por outro, também serve de termo inicial para

¹⁷ Esse relatório, publicado em 1987, foi encomendado pela ONU com o fim de diagnosticar e propor soluções que reafirmassem os princípios da Declaração de Estocolmo, em cotejo com o modelo de desenvolvimento então vigente. Apesar de seu nome oficial ser “Nosso Futuro Comum” (*Our Common Future*), ficou mais conhecido pelo sobrenome da primeira-ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, que chefiou a comissão encarregada. Disponível em: <<http://www.un-documents.net>>. Acesso em: 29 set. 2013.

¹⁸ *Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.* (tradução livre)

o estudo do direito ambiental como um ramo independente da ciência jurídica. Diz-se assim aquele conjunto de normas e valores que, orientado por princípios próprios, se intercomunicam coordenadamente com as demais searas.

Como já se pontuou, as décadas de 1960, 70 e 80 são notadas por uma extensa produção normativa atinente à proteção dos recursos naturais. De um canto, o Estado brasileiro produzia os textos legais. De outro, as demais fontes jurídicas, notadamente a doutrina, interpretavam as leis para que a sociedade compreendesse seu significado. Consolidou-se, nesse período, a noção dessa disciplina como autônoma em si mesmo, desvinculada de premissas intocáveis próprias ao direito administrativo. Mas sob qual fundamento normativo de validade?

Historicamente, extrai-se tal substrato mediante interpretação de princípios constitucionais tradicionais, como o direito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana ou até mesmo a partir das regras de fixação das competências federativas. Dentre outros alicerces mais novos, pode-se citar a função social da propriedade e a disciplina da produção e consumo. De todos esses, o direito fundamental à saúde foi, inegavelmente, aquele mais suscitado como legitimador das normas ambientais. Porém, não obstante a função histórica, não parece adequado que daí se depreenda o fundamento de validade da proteção jurídica ao meio ambiente.

Em primeiro lugar, em termos dogmáticos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se confunde com o direito à saúde, no que pese haver grande área de convergência entre os mesmos. Não se nega que o controle de substâncias perigosas, da qualidade do ar, da água dos rios de abastecimento e lençóis freáticos são providências que beneficiam tanto a natureza como a higidez sanitária. Por outro lado, não é difícil pensar em situações nas quais o meio ambiente e a saúde humana estariam contrapostas, cada qual tendendo para uma solução distinta.

Imagine-se, por exemplo, que uma cidade consolidada, com o espaço urbano inteiramente ocupado, conte com déficit de hospital. Em tese, a supressão de uma área remanescente de mata atlântica, hipoteticamente o último espaço não edificado, para construção de um complexo de hospitais, traria um incremento para a saúde da população. Sem dúvida, contudo, o meio ambiente restaria prejudicado, demonstrando a oposição entre os direitos em exame. Casos concretos como a proteção contra extinção do mico-leão dourado, sem qualquer repercussão sobre a preservação sanitária, reforçam o argumento ora exposto, segundo o qual o direito à saúde não é suficiente para lastrear as normas de direito ambiental.

No ponto, parece ter agido bem o constituinte de 1987/88 ao alçar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental, atribuindo-lhe valor próprio, não subordinado a qualquer outro princípio constitucional. E não o fez discretamente. Pelo avesso, conferiu-lhe um capítulo próprio, não só instituindo o fundamento de validade das normas infraconstitucionais mas efetivamente determinando algumas providências concretas, como a instituição de áreas especialmente protegidas (art. 225, § 1º, III), a obrigatoriedade de estudo prévio de impacto ambiental (inciso IV), dentre outras.

Simultaneamente, pode-se perceber outrossim um processo de ecologização da Constituição, que se afastou do paradigma civilista em prol de uma valorização difusa da principiologia tipicamente pública, afeta ao bem estar coletivo e comum. Sobre o ponto, Patrick de Araújo Ayala lembra que a Constituição ambiental (ou ecológica) se propôs a organizar uma ordem jurídica plural, cuja fonte de juridicidade se encontra aberta a interação com experiências normativas, culturais e sociais externas¹⁹. De forma mais ampla do que a previsão do art. 225, esse fenômeno se mostra patente em todo o corpo constitucional²⁰.

Herman Benjamin, conquanto admita a viabilidade de um ordenamento jurídico que não contemple na sua lei maior a proteção ambiental, identifica diversos benefícios substantivos e formais da referida constitucionalização²¹. De fato, antes da inserção no Brasil do meio ambiente no texto constitucional, tal omissão não impediu o legislador de aprovar diversas leis protetivas, como já citado. Ademais, inúmeros ordenamentos jurídicos estrangeiros, muitas vezes bastante avançados em direito ambiental, optaram por não fazê-lo, sem qualquer prejuízo aparente. Entretanto, parece haver mais benefícios do que malefícios dessa constitucionalização.

¹⁹ AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental da sustentabilidade: os imperativos de um Direito ambiental de segunda geração na lei de Política Nacional do Meio Ambiente*. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; e REIS, Antonio Augusto (orgs.). *Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 74.

²⁰ Um exemplo sempre citado é a previsão, no art. 170, inciso VI, da proteção ao meio ambiente como um princípio da ordem econômica e financeira. No entanto, deixe-se claro que essa ecologização da Constituição não é caracterizada apenas pelo referência textual expressa, mas pela influência conceitual e interpretativa generalizada, ainda que tácita.

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. *BDJur*, Brasília, DF, 12 maio 2010, pp. 15 et seq. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31149>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

Pode-se diagnosticar como primeiro benefício substantivo²² o estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitada e condicionada. Limitada porque se contrapõe ao sistema de exploração irrestrita, no máximo condicionada por limites mínimos como os direitos de vizinhança. Condicionada porque, mesmo que se admita a exploração, seu exercício deve ser precedido pelo preenchimento de determinados pressupostos, como a adequação abstrata às leis e a observância concreta aos termos das licenças ambientais expedidas.

Além disso, impõe um imediato dever de observância por todos – Estado e particulares – inafastável por lei, contrato, prescrição ou pela discricionariedade administrativa. Cuida-se de um princípio constitucional que simplesmente não pode, em hipótese alguma, ser oblivido, mas no máximo ponderado com outros de mesma hierarquia normativa e axiológica.

Como segundo benefício, há uma ecologização da propriedade e da sua função social. Não se trata de admitir que esta seja sopesada com outros direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente equilibrado. Isso já seria possível pelo simples dever genérico acima referido. Verifica-se, em verdade, uma contaminação do próprio conceito de propriedade pelo direito ambiental, que transmuda o instituto considerado em si mesmo.

Um claro exemplo disso é o texto da Constituição de 1988 que, em seu art. 186, inciso III, dispõe que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, dentre outros três requisitos, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. A modificação conceitual é tão importante e dotada de tamanhos efeitos práticos que, passados 25 anos, a jurisprudência ainda não a delimitou perfeitamente²³.

²² Os benefícios substantivos e formais que serão abaixo tratados são citados, com essa terminologia, por Herman Benjamin (Ibid.). Optou-se, pela didática da divisão, por manter a classificação proposta pelo autor.

²³ Sobre o ponto, o litígio acerca da Fazenda Nova Alegria, em Felisburgo/MG, é emblemático. Em vistoria administrativa, o INCRA constatou que o grau de utilização da terra (GUT) e o grau de eficiência na exploração (GEE) da fazenda eram, ambos, de 100%. O imóvel era claramente produtivo. Ao mesmo tempo, verificou-se ampla degradação ambiental nas áreas de preservação permanente e inexistência de averbação da reserva legal nas matrículas que o formavam. Pelo conceito clássico, o imóvel atenderia sua função social, mas não pela definição ecologizada constante no art. 186 da CF/88. A Procuradoria Federal Especializada junto ao INCRA ajuizou a ação de desapropriação, pendente de julgamento. Não obstante, os proprietários propuseram outras demandas impugnando o decreto expropriatório, levando o Judiciário a examinar o caso concreto, ora tendendo para o atendimento da função social ora admitindo o contrário. Para mais detalhes, cf. CABOCCLO, Natalya; MASSUQUETTO, Josely Trevisan. *Propriedade produtiva e desapropriação: uma marcha lenta rumo à máxima efetividade do texto constitucional*. In: SONDA, Claudia; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina (orgs.). *Reforma Agrária e Meio Ambiente: teoria e prática no Estado do Paraná*. Curitiba: ITCG, 2010.

E não poderia ser diferente. Não é fácil, e nem seria salutar que fosse, mudar um paradigma que orienta há séculos as relações jurídicas em nível mundial. No mínimo desde a revolução francesa, o direito de propriedade, tomado como direito subjetivo praticamente irrestrito, foi alçado à condição de valor máximo dentro do ordenamento jurídico. Tal ecologização de seu conceito parece ser uma tendência atual, mas depende de um processo de absorção tanto pelas fontes do direito, como também pelos diversos setores profanos da sociedade.

Um terceiro benefício, diretamente ligado ao dever geral de proteção, é a elevação normativa e axiológica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao nível de direito fundamental. As consequências advindas, decorrentes também da evolução pós-positivista no que tange à eficácia normativa das normas constitucionais, são bastante relevantes.

Não se trata mais de contaminação conceitual de institutos afetos a outras searas, como o já citado direito de propriedade, típico do direito civil. Cuida-se, por outra instância, de atribuir maior peso formal e substantivo ao meio ambiente, de maneira a possibilitar não mais o embate conceitual interno, mas sim o enfrentamento ponderativo externo. Ganha-se muito com isso, conforme se verá adiante, no âmbito da implementação.

É a partir desse fundamento que se possibilita, por exemplo, a instituição de determinada limitação ao direito de propriedade, mesmo que esta esteja cumprindo sua função social, em prol da preservação de um determinado ecossistema de relevante importância ecológica. Há, nesse caso, uma ponderação de princípios hierarquicamente semelhantes, que ora tenderá para um lado, ora para outro.

O quarto benefício diz respeito à legitimação da função reguladora estatal. Nessa esteira, não é de hoje que a restrição da liberdade individual do cidadão faz com que o Estado seja visto como um monstro, um verdadeiro Leviatã. Realmente, a linha entre a restrição válida e o excesso é frequentemente tênue, e não são poucas as vezes em que é cruzada. Em algumas hipóteses, contudo, a regulação é imprescindível, porém incompreendida. Nesses casos, a norma constitucional auxilia na legitimação da regulação.

Esse reforço legitimador torna-se ainda mais pertinente ao se constatar que a política pública ambiental, notadamente aquela preventiva, é usualmente inovadora frente ao conjunto de políticas tipicamente liberais (mínimas) e *welfaristas*. No direito ambiental, exige-se do Estado um exercício de previsibilidade, frequentemente difícil de se empreender e, por esse mesmo motivo, amiúde incompreendido. Em tempos de crise institucional, esse reforço de legitimidade é bem-vindo.

Diretamente relacionado com o anterior é o quinto benefício inerente à constitucionalização. Se, por uma banda, há um incremento de legitimidade da função regulatória, decorre também daí uma redução da discricionariedade administrativa. Essa questão em especial será analisada detalhadamente no capítulo seguinte. Contudo, desde já é possível destacar a relevância central dessa restrição do administrador.

Com efeito, a teoria da discricionariedade, em sua origem, conferia ao administrador uma carta branca para agir da maneira que pretendesse, sem que houvesse limites a essa liberdade. Com a evolução do direito constitucional e administrativo, passou-se a impor balizas à atividade administrativa, sendo uma das mais importantes o reconhecimento de eficácia imediata das normas constitucionais, mesmo aquelas antes tidas por meramente programáticas²⁴. Daí se falar que a constitucionalização das normas ambientais – produtoras de efeitos diretos e imediatos – impõe uma redução da margem de atuação executiva.

O último benefício substantivo se refere à ampliação da participação popular que marca o próprio processo de promulgação da Constituição, não sem motivo apelada de Constituição-cidadã. São exemplos desse ganho as audiências públicas realizadas em processos de licenciamento ambiental, a maximização da legitimidade para se manifestar em autos judiciais e administrativos, a necessidade de publicação dos relatórios de impacto ambiental, inclusive do EIA/RIMA, dos empreendimentos poluidores causadores de significativa degradação ao meio ambiente, dentre outros.

Como se verá no capítulo seguinte, essa virtude, associada à redução da discricionariedade administrativa e à demanda por eficiência do poder público, tende a modificar significativamente a forma como a representação democrática é exercida. Sem pretender adiantar o exame do problema, vale referir que a análise demanda uma melhor compreensão do conceito de legitimidade do ato administrativo.

Outros cinco benefícios formais completam essa lista²⁵. Primeiramente, observa-se atribuição de máxima preeminência (superioridade hierárquica) e proeminência (aumento de perceptibilidade das normas ambientais) frente a um conjunto bastante extenso de outras

²⁴ Há, também, outras teorias que visam a limitar e, ao mesmo tempo, tornar eficiente a atuação estatal, valendo destaque para a teoria dos motivos determinantes (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 200-2), do desvio de finalidade (Ibid., pp. 114-5), dos conceitos jurídicos indeterminados (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 225-56) e a incidência do princípio da razoabilidade/proporcionalidade (Ibid., pp. 83 et seq.).

²⁵ Da mesma forma, extraídos de BENJAMIN, op. cit., nota 21, pp. 25 et seq.

tantas. Notadamente essa última característica gera, ao menos em tese, elevado grau de obediência espontânea e, portanto, incremento no âmbito na implementação.

Ademais, não se pode esquecer da relevância da função simbólica, desde que não puramente simbólica, da constitucionalização de determinada norma. Cuida-se de demonstrar a todos, independentemente da eficácia normativa produzida, simplesmente por constar no principal documento produzido pelo sistema político-jurídico, a relevância do tema.

Em seguida, insta ressaltar a melhora no que tange à segurança jurídica, não apenas consequente do maior rigor procedimental para aprovação das emendas constitucionais, mas também por sua qualificação como cláusula pétrea, cujo núcleo rígido é insuscetível de supressão pelo constituinte derivado. Todas essas restrições garantem a permanência da norma constitucional no ordenamento jurídico, garantindo estabilidade para as relações jurídicas afetadas.

O terceiro e quarto benefícios podem ser vistos em conjunto. Referidas vantagens dizem respeito à substituição do paradigma da legalidade ambiental pelo da constitucionalidade ambiental. Daí advém, outrossim, a possibilidade de controle de validade das demais normas hierarquicamente inferiores, seja por inconstitucionalidade ou através do fenômeno da não-recepção pela nova ordem jurídica instaurada.

Por fim, o último benefício formal que se pode elencar é o reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais. Nessa esteira, é cediço que os textos legais possuem, não raro, diversas interpretações possíveis. Assim, a constitucionalização do direito ambiental impõe ao intérprete um vetor a seguir, sempre em favor do meio ambiente, taxando com pecha de nulidade qualquer outra leitura que não se adeque à direção traçada pela norma maior.

Esse reforço exegético permite, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou qualquer outro órgão jurisdicional, em controle difuso, utilize a técnica da interpretação conforme a Constituição, em que se determina qual a melhor exegese possível, ou até mesmo da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, através da qual se extirpa apenas uma determinada interpretação do texto legal, permitindo-se as demais.

Concomitante a esses benefícios substantivos e formais acima referidos, há outrossim alguns riscos que lhe são inerentes. O primeiro deles é lembrado ao se verificar os benefícios de uma constituição sintética, com poucas disposições e redigida de forma lacônica e ambígua, repleta de conceitos jurídicos indeterminados. Há argumentos para defender que somente assim se viabilizaria a permanência do mesmo texto constitucional diante da

modificação da sociedade, pois sua adaptação far-se-ia mediante correção interpretativa. Uma constituição prolixa e objetiva, por outro lado, não viabilizaria tal amplitude ao intérprete e, inevitavelmente, deveria ser mudada com a evolução das relações sociais no tempo.

A crítica não é específica quanto ao direito ambiental e parece menos um malefício do que uma alternativa, uma opção político-normativa legítima, principalmente se analisado o contexto histórico pós-ditadura em que foi promulgada a Constituição de 1988. Em verdade, ambos os modelos são viáveis, cada qual com suas especificidades. Contudo, mesmo em se escolhendo uma carta sintética, o meio ambiente ocupa posição de tamanho destaque hodiernamente que justificaria sua constitucionalização. Sob essa ótica, a objeção mostra-se incabível.

De outra parte, o segundo risco se verifica mais pertinente. Nesse diapasão, notadamente em países de pouca tradição constitucional, há sempre o receio que tais normas se caracterizem por meramente retóricas, sem efetividade no campo da prática, ou seja, com pouco ou nenhum impacto cotidiano concreto, questão que se aborda inevitavelmente no estudo do problema da implementação.

Por derradeiro, contata-se que, do *laissez-faire* à fase holística, o direito ambiental teve uma ascensão meteórica, pulando, em poucas décadas, da total indiferença para um dos pilares de sustentação do desenvolvimento, antes meramente econômico, agora sustentável. Ante esse fato, não houve tempo hábil para o amadurecimento de seus conceitos, princípios, obrigações e, inclusive, das instituições que lhe são correlatas. Não há como se negar, por exemplo, que os institutos clássicos do direito civil restam mais consolidados, pois que existentes há séculos.

Com efeito, abstratamente considerando, diversos dos benefícios citados acima podem se transmutar em malefícios, se identificarmos equívocos na constitucionalização das normas ambientais. Imagine-se que seja criado um instrumento alternativo mais eficaz para a consecução do princípio da prevenção do que o estudo prévio de impacto ambiental (EIA). A norma do art. 225, § 1º, inciso IV, deixará de cumprir sua função e passará a constituir um empecilho ao desenvolvimento sustentável, visto que representará uma limitação de liberdade sem qualquer ganho para o meio ambiente.

Nesse caso hipotético, a segurança jurídica somente seria readquirida com a desconstitucionalização da norma, viabilizando ao legislador ordinário a substituição do instrumento pelo mais eficaz. Por evidente, essa situação é possível de acontecer em qualquer outra seara, mesmo naquelas com conceitos mais consolidados como o direito civil e o direito

penal. Não se pode negar, contudo, que tal probabilidade é diretamente proporcional ao grau de amadurecimento desses.

Esse risco se agrava ainda mais se verificarmos que o direito ambiental, por seu caráter interdisciplinar, é mais suscetível a mudanças, não tanto do ponto de vista jurídico como no que tange à evolução social e, principalmente, tecnológica. Aquilo que é potencialmente poluidor, hoje, pode não o ser com o progresso tecnológico. E vice-versa. Nesse ponto, é possível que a segurança jurídica seja alcançada não com uma maior rigidez das normas ambientais, mas sim pela viabilização de maior mutabilidade às mesmas, visando a acompanhar as modificações das relações que busca tutelar.

No caso da Constituição brasileira de 1988, esses dois últimos riscos se realçam pela opulência da normatização constitucional relativa ao meio ambiente. Nesse sentido, não só foram positivados princípios amplos de regência do ordenamento, como também instrumentos específicos e até mesmo regras de concretização desses instrumentos. A efetiva criação de espaços especialmente protegidos é certamente a mais clara demonstração disso²⁶.

A carta maior brasileira é o resultado da soma das mais diversas forças, cada qual intentando resguardar os interesses que julgavam dever ser protegidos. O momento era propício para que se fizesse constar o máximo de normas protetivas possível, objetivando espancar de vez os fantasmas do passado. Como consequência, tem-se um texto por vezes pouco técnico, sistematicamente retalhado, mas que seguramente é, tanto em termos ambientais como de resto, apto a gerar todos os benefícios referidos acima.

Os riscos citados, notadamente de ineficácia normativa e desassociação com a evolução das relações jurídicas subjacentes, são por ora abstratos, não obstante reais. Mas as vantagens oriundas da constitucionalização do meio ambiente os suplantam, passando a contribuir com a regulação dessa macrorrelação jurídica homem-natureza.

²⁶ O art. 225, § 4º, dispõe que a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Diante disso, como interpretar tal dispositivo em cotejo com a ausência de outros ecossistemas de semelhante importância – o Cerrado, por exemplo – é um desafio. Haveria uma gradação de importância daqueles em relação a estes? A pouca efetividade da norma indica que teria sido mais adequado deixar ao legislador ordinário essa tarefa de implementação dos instrumentos, no que pese a nobreza do objetivo do constituinte de proteger tais áreas, sem dúvida de inestimado valor.

1.3 Fundamento ético das normas ambientais

Visto, então, o parâmetro normativo de validade do direito ambiental. Independentemente dos benefícios e malefícios advindos, a Constituição Federal de 1988 instaurou, não só formalmente mas também substancialmente, uma nova ordem jurídica do meio ambiente, antes subordinada a outros direitos fundamentais, em especial à saúde humana, agora com uma ótica própria, tomando a natureza como um todo indivisível.

Consolidou-se, em definitivo, a fase holística. A influência do direito constitucional sobre o ambiental é inegável. Mas será que a recíproca também é verdadeira? Para responder a essa pergunta, há que se investigar, ainda que sumariamente, os fundamentos éticos da preservação do meio ambiente. Afinal, por que proteger o meio ambiente? E, respondida essa questão, sobre qual parâmetro axiológico fazê-lo? As respostas a ambas as perguntas estão mutuamente interligadas.

Norberto Bobbio explica que o surgimento dos direitos de terceira geração, tal qual o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, caracteriza uma passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus* como seus exclusivos titulares para a admissão de sujeitos diferentes deste, como a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto²⁷. Em qualquer caso, até mesmo quando se trata de direito difuso, tradicionalmente a posição de sujeito é ocupada pelo ser humano, se não tomado de forma individual, ao menos em conjunto.

É verdade que essa nova categoria apresenta especificidades que colocam em xeque toda a teoria jurídica precedente, montada em cima de direitos de liberdade e sociais, com conteúdo obrigacional respectivamente de abstenção e de dever de agir, oponíveis em face do Estado. E mais, levantam o debate acerca da própria titularidade desses direitos, até então indubitavelmente atribuídos exclusivamente ao homem.

A discussão que ora se introduz, entretanto, não pode ser travada no âmbito jurídico-dogmático. Todas as leis, desde a Constituição a uma mera ordem de serviço, tomam o ser humano como único sujeito de direitos. Aliás, essa premissa está tão arraigada no ordenamento jurídico que, não raro, os termos se confundem. Ademais, qualquer ato normativo que pretendesse dispor de maneira contrária seria imediatamente tomado como um erro do legislador e interpretado de forma a se adequar a essa premissa.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 69.

Nesse diapasão, apesar de alijado da seara jurídico-dogmática, o debate tem sede no campo da ética, tomada esta como o conjunto de valores que simultaneamente fundamenta e suplementa as leis. A partir dessa definição, depreende-se que nem todas as leis são éticas e, ao mesmo tempo, nem tudo aquilo que não compõe o ordenamento jurídico é irrelevante para o direito. Admitir o contrário seria condenar à imutabilidade a ciência jurídica. A ética, portanto, tem um papel ora conformador, outra reformador.

Retornando ao cerne deste tópico, para responder às questões acima indagadas, há que se investigar qual a posição do homem e da natureza nessa relação que se propõe estudar. Herman Benjamin destaca três vertentes principais do pensamento filosófico-ambientalista²⁸: (1) antropocentrismo puro; (2) antropocentrismo mitigado ou reformado; e (3) não antropocentrismo.

A primeira corrente propõe a existência de uma linha divisória bem definida, separando o homem de um lado e o resto da natureza de outro. Mesmo que não haja uma cronologia minimamente delimitada, é associada normalmente ao liberalismo ambiental e aos primeiros esforços de proteção dos bens naturais, momento em que o ser humano era a única fonte de valor e significado no mundo. No âmbito da filosofia política, nota-se, outrossim, clara influência da doutrina utilitarista de Jeremy Bentham, segundo a qual, em linhas gerais, as instituições devem agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem estar geral²⁹.

Assim, a proteção da natureza ou apenas dos bens naturais teria por fundamento ético a tentativa de maximizar o bem estar do homem³⁰, não individual mas coletivamente considerado. Tem-se, pois, uma resposta à primeira pergunta: à luz do antropocentrismo puro, protege-se o meio ambiente como forma de conferir maior bem estar ao homem.

Fixada essa premissa, não é difícil depreender a segunda resposta. Se a natureza é protegida em prol do ser humano, deve-se tomá-lo como fonte valorativa máxima, ou seja, dando primazia aos valores que lhe são inerentes, como o direito à saúde, à dignidade, à

²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *BDJur*, Brasília, DF, 4 dez. 2009, p. 25. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26184>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

²⁹ BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 4.

³⁰ A definição do que se entende por bem estar é, certamente, de grande importância e complexidade não só para o direito ambiental, como para a própria filosofia política. Sobre a contenda, cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 15-24.

moradia, dentre diversos outros. A partir desse paradigma, dificilmente uma ponderação de princípios tenderia em favor do meio ambiente, se contraposto a um direito social imediato.

Essa tese poderia até ser suficiente para fundamentar o direito ambiental “marrom”, ou seja, aquele preocupado com o controle da poluição das áreas antropizadas. Dificilmente, porém, serviria para lastrear a parte “verde” da disciplina, melhor dito, aquela atinente à proteção natural propriamente referida.

Atualmente, esse parâmetro ético, tal qual as doutrinas liberal clássica e utilitária que lhe dão substrato, parece superado. Não há mais como se admitir, no presente estágio da sociedade, essa visão limitada exclusivamente para a vida do homem, sem consideração com o meio em que este se insere. São os dois paradigmas éticos a seguir esposados que se destacam com mais intensidade.

O antropocentrismo mitigado ou reformado é a teoria que fundamenta a dogmática jurídico-normativa atualmente vigente, no que pese já se argumentar certa defasagem da mesma frente a que se exporá em seguida. Essa vertente entende haver um antropocentrismo extrínseco (versão clássica, utilitarista) e outro de caráter intrínseco, o qual admite um estatuto de sujeito moral ao meio ambiente, sem lhe reconhecer tal posição normativa.

Nesse exato ponto que a ética deixa de funcionar como fundamento da norma e passa a lhe complementar, atribuindo à natureza uma posição (sujeito moral) que não lhe é dogmaticamente conferida. Essa teoria não deixa de colocar o ser humano na posição central, mas conduz a um processo de humanização dos demais seres vivos, trazendo como consequência imediata um tratamento mais humanitário destes.

Exemplo disso é a possibilidade de supressão da vida de um animal, desde que não de forma cruel, desumana³¹. Sob a ótica protetiva, esse reconhecimento já denota avanço nas relações homem-natureza, deixando a última de ser vista como mero objeto da equação, tal qual um automóvel ou um sofá.

Essa mesma ideia pode ser transplantada para as gerações futuras, no conceito de desenvolvimento sustentável como equidade intergeracional. Com efeito, a personalidade, ou seja, a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, surge com o nascimento e se extingue com a morte do indivíduo. Partindo da noção civilista de que, na relação jurídica, tudo que não for sujeito é objeto, as gerações futuras assim se caracterizariam.

³¹ A própria terminologia utilizada – tratamento desumano – demonstra como esse paradigma antropocêntrico está arraigado na sociedade contemporânea, ainda que em processo de mutação.

Cuida-se de raciocínio similar àquele desenvolvido para fundamentar a condição de sujeito moral dos demais seres vivos. A ética novamente complementa o ordenamento jurídico, elevando os “futuros homens” ao *status* de “quase homens”, melhor dito, humanizando não um ser vivo, como acima descrito, mas uma expectativa de vida³².

A partir dessa e outras críticas, parte da moderna doutrina especializada vem defendendo a migração do paradigma antropocêntrico mitigado para o biocentrismo ou, até mesmo, o ecocentrismo. Dentre outros, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer analisam essa mutação dos fundamentos axiológicos do direito, notadamente na esfera constitucional, propondo um verdadeiro “esverdear” deste a partir do novo paradigma ético³³.

Para as teorias não antropocêntricas, portanto, inexistiria uma linha rígida que dividisse os homens dos demais seres da natureza, ou seja, colocaria em xeque aquilo que Herman Benjamin chamou de “hierarquia bíblica anjo-homem-besta”³⁴. Nesse caso, o ser humano deixaria de ocupar uma posição central nessa relação, passando a ser compreendido como mais um elemento da natureza, submetido à mesma disciplina que os demais. Dentre as teorias citadas, o biocentrismo coloca todos os seres vivos, inclusive o homem, como epicentro. Já o ecocentrismo propõe solução um pouco distinta, elevando a tal posição os respectivos ecossistemas e todos os seus componentes, racionais ou não, animados ou inanimados.

Essas doutrinas recomendam uma guinada radical na teoria ética ora prevalente, que a médio e longo prazo resultaria em importantes modificações de conceitos jurídicos até então fortemente consolidados. O primeiro deles, a ideia de sujeito de direitos, hoje exclusivamente afeta ao ser humano, provavelmente se estenderia para abranger também os demais animais e, eventualmente, até os ecossistemas holisticamente considerados³⁵.

³² Ironicamente, tamanho o grau de antropocentrismo da sociedade atual, parece mais fácil aceitar que essa expectativa de vida seja sujeito de direitos, pelo simples fato de ser uma expectativa de vida humana, do que admitir essa mesma sorte a uma vida já existente, porém não humana.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, pp. 25-9.

³⁴ BENJAMIN, op. cit., nota 28, p. 16.

³⁵ Interessante exemplo de juridicização do paradigma ético não antropocêntrico é a redação dos arts. 71 e 72 da Constituição do Equador de 2008, que dispõem o seguinte:

Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y

Duas vantagens, então exsurgiriam. Primeiramente, a ética e o direito se aproximariam das outras ciências, especialmente as naturais³⁶. Na biologia, geologia, física, química, engenharia genética, não há qualquer tratamento diferenciado para o ser humano. Essa afirmação chega a ser intuitiva, não havendo que se falar, por exemplo, de força gravitacional individualizada para cada ser da natureza. Isso serve para nos lembrar que, ontologicamente, somos todos semelhantes.

Quanto às ciências humanas, é possível criar essas distinções, já que elas próprias são edificadas pelo homem. A grande questão, porém, é por que criá-las, ou seja, por que artificialmente induzir uma separação que, em essência, inexistia? No ponto, as teorias não antropocêntricas afirmam não haver motivo que justifique essa diferença e, destarte, sua existência caracterizaria uma indevida distorção a ser corrigida.

Além dessa aproximação com as ciências naturais, uma outra vantagem que se pode identificar é o incremento valorativo de proteção do meio ambiente. Isso porque, como se expôs ao tratar dos benefícios da constitucionalização, além da contaminação (esverdear) de conceitos jurídicos clássicos, verificou-se nas últimas décadas a evolução do direito ambiental no que tange ao seu valor próprio, intrínseco.

Com efeito, na ponderação desse valor com outros de natureza humana, como a vida, dignidade e a saúde, o paradigma antropocêntrico inevitavelmente tenderá a uma conclusão em prol destes, ou seja, em detrimento da natureza. Por outro lado, as teorias não antropocêntricas colocam esses valores em posição de igualdade, garantindo que a ponderação se faça de forma coordenada, sem uma preferência prévia por nenhum deles.

De outro giro, uma das críticas que se costuma apor contra as teorias não antropocêntricas trata da impossibilidade de sujeição dos demais seres vivos (ou ecossistemas) a um ordenamento criado pelo homem para ele mesmo. Pragmaticamente, é realmente difícil imaginar como algum ser que não é capaz de manifestar logicamente sua vontade poderia ser sujeito de direitos. Édis Milaré, reforçando esse argumento, chega a citar

jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

³⁶ BENJAMIN, op. cit., nota 28, p. 16.

um artigo do Prof. Christofer Stone (As árvores deveriam ter um estatuto jurídico?)³⁷, em que se questiona exatamente essa relação entre ordenamento jurídico – criado pelo homem – e a submissão da natureza às normas dele extraídas.

A objeção procede em parte. Nesse sentido, pode-se argumentar que diversos seres-humanos também não têm essa capacidade. Nesses casos, apesar de sujeitos de direito, a pretensão daí decorrente é exercida por outrem que, de alguma forma, em regra por disposição legal, é entendido como seu legítimo representante. Pode-se citar, exemplificativamente, a situação do menor impúbere e seus pais ou tutores, do incapaz e seu curador, das coletividades e o legitimado extraordinário.

Em todos os casos, contudo, a pretensão é exercida por um representante biologicamente semelhante, capaz de, no que tange aos valores e princípios relevantes, mesmo com suas especificidades, compreender o representado e apreender suas necessidades. O mesmo não ocorre com os demais seres vivos (e com as futuras gerações), que não possuem nenhum espécime capaz de exercer tal mister.

Nessa esteira, ao menos por ora, o homem não é capaz de representar a natureza, seus animais ou ecossistemas, de maneira neutra, sem colocar seus valores num patamar mais elevado do que aqueles os quais deveria proteger. Até mesmo eventual imparcialidade, aqui, não parece ser suficiente para espancar o paradigma antropocêntrico e, como a neutralidade é inviável de ser alcançada, a problema não tem solução aparente.

Ainda que essa contenda seja mais afeta e por isso demande uma resolução eminentemente jurídica, o paradigma ético não antropocêntrico não deixa de se enfraquecer, no mínimo em parte, por não ensejar uma fundamentação ou complementação razoável para a questão suscitada.

Vale fazer, ademais, uma observação que para alguns pode parecer óbvia. O biocentrismo e o ecocentrismo não são correntes misantrópicas (anti-homem), ou seja, não pregam a submissão do homem à natureza. Apenas enxergam ambos como um conjunto indivisível, que somente pode prosperar se analisado em conjunto visando ao bem comum. Com efeito, não buscam rebaixar o *status* do ser humano, mas compreendê-lo como um elemento, e não o único ou principal, do meio em que vive³⁸.

³⁷ MILARÉ, op. cit., p. 110.

³⁸ BENJAMIN, op. cit., nota 28, p. 18.

Essas três teorias éticas referidas não são rigidamente datadas, havendo exemplos de aplicação de cada uma delas nos mais distintos períodos históricos. Ironicamente, no auge do *laissez-faire* ambiental, Getúlio Vargas fez publicar com força de lei o Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934, cujo art. 2º, § 6º, era claramente orientado no sentido de conferir direitos aos animais, dispondo que “os animais serão *assistidos* em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais”³⁹.

Recentemente, 27 pessoas e duas associações impetraram *habeas corpus*, inicialmente em primeira instância e em seguida para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em favor de um chimpanzé chamado Jimmy. Subscreveram a petição inicial especialistas de renome, como José Alfredo de Oliveira Baracho, Peter Singer e Daniel Roberto Fink. Alegava-se que o paciente estaria sofrendo violação ao seu direito à liberdade de locomoção e à vida digna, por estar “numa jaula com área total de 61,38 m² e altura de 4,0 metros no solário, e área de confinamento de 2,80 metros de altura”⁴⁰.

O TJRJ, à luz do que fizera o Juiz de piso, deixou de conhecer do *writ*, ao argumento de que o primata não era sujeito de direitos. Em seu voto, acompanhado pela unanimidade dos demais desembargadores, o relator expôs à exaustão, inclusive analisando o percentual de similitude entre o DNA do homem e do chimpanzé, que este não pode ser considerado ser humano para fins de titularidade de direitos. O paradigma antropocêntrico, de tão arraigado, sequer foi objeto de discussão, tendo o Tribunal se limitado a argumentar que o referido animal não era geneticamente igual ao homem.

Nota-se, assim, que o fundamento ético de proteção do meio ambiente vai determinar a resposta às perguntas acima formuladas. À luz das teorias não antropocêntricas, já não se pode falar mais em proteção do meio ambiente exclusivamente como forma de garantir sua sobrevivência e bem estar, desconsiderando-se o todo pela parte.

Essa discussão, a princípio, parece dissociada diretamente do objeto central deste estudo. Contudo, se analisada como premissa necessária ao exame dos problemas que se colocarão à frente, sua relevância exsurge de pronto. Nesse sentido, vale lembrar do famoso

³⁹ Apesar de pouco na prática, em teoria esse decreto ainda estaria em vigor, vez que não foi revogado expressamente nem há outra norma que seja incompatível ou tenha regulado inteiramente a matéria (Ibid., pp. 8-9, nota de rodapé 20).

⁴⁰ TJRJ, 2ª Câmara Criminal, HC 0002637-70.2010.8.19.0000, Relator Des. José Muiños Piñeiro Filho, DJ 31/05/2012.

caso *Sierra Club vs. Morton*, julgado pela Suprema Corte norte americana em 1972⁴¹. O autor, uma sociedade com especial interesse na conservação de parques e florestas, impugnava a instalação pela *Walt Disney Company* de uma estação de esqui no *Mineral King Valley*, localizado na *Sequoia National Forest*, Estado da Califórnia.

A Suprema Corte, após admitir a petição de *writ of certiorari*, julgou o recurso mas lhe negou provimento. Na ocasião, a maioria do colegiado seguiu o voto do *Mr. Justice Stewart*, entendendo que faltava legitimidade ao autor para propor a ação, tendo em vista que o mesmo não teria sofrido diretamente nenhum prejuízo, seja de natureza econômica ou qualquer outra, nos seguintes termos:

A person has standing to seek judicial review under the Administrative Procedure Act only if he can show that he himself has suffered or will suffer injury, whether economic or otherwise. In this case, where petitioner asserted no individualized harm to itself or its members, it lacked standing to maintain the action.

Aplicou-se claramente o paradigma antropocêntrico ao direito processual para, como uma questão preliminar, negar o pleito de revisão (judicial) da autorização para implantar o empreendimento. Com esse exemplo, é possível verificar a importância desse parâmetro como diretriz mediata do raciocínio que se expenderá mais à frente.

Exatamente por isso, tal como com relação aos aspectos da constitucionalização do direito ambiental, o exame dos pilares ético-ambientais mostra-se imprescindível ao tema proposto, necessariamente conflituoso e, regularmente, aponto em lados distintos uma pessoa titular de direitos e uma coletividade (gerações futuras, animais irracionais e ecossistemas) que não o são.

1.4 Princípio da solidariedade e o dever de intervenção estatal

O lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – é comumente utilizado para nos lembrar das três gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Certamente, desde o final do século XVIII, muito se evoluiu na concretização dos mesmos, notadamente no que tange ao reconhecimento de sua eficácia normativa.

⁴¹ 405 U.S. 727 (1972).

Os direitos de primeira geração têm cunho individualista, determinados pela doutrina liberal clássica, e se manifestam como um dever de abstenção estatal, ou seja, uma obrigação de *non facere* do Estado em favor do indivíduo. São o resultado de uma opressão histórica dos déspotas esclarecidos, que não observavam qualquer limitação a seu poder, fato traduzido na máxima de Luis XIV, *L'État c'est moi* (O Estado sou eu). Não há grandes dificuldades em compreender o papel de cada uma das partes, indivíduo e Estado.

Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda geração, surgidos no início do século e maximizados no pós-guerras, se caracterizam por impor um dever prestacional ao Estado, uma obrigação positiva de prover àqueles que necessitem saúde, habitação, educação, salário suficiente à sobrevivência, seguridade social, dentre outros. Se antes os indivíduos apenas buscavam sua liberdade frente à ingerência estatal, passaram então a pleitear políticas públicas de incremento do bem estar social, em prol da igualdade material. Não obstante a mudança de sinal da equação, de negativo para positivo, ambas as partes permaneciam ocupando as mesmas posições.

Já os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles associados ao princípio da solidariedade ou fraternidade, definidos por sua natureza difusa, melhor dito, aqueles cujos titulares não podem ser individualizados. Paulo Bonavides identifica que o referido sujeito é o “gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”⁴². A partir dessa definição, no que pese eventual discussão ética acerca da exclusividade humana, não há dúvida que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado traduz-se como de terceira dimensão.

Maria Celina Bodin de Moraes identifica cinco significados para o termo solidariedade: fato social, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica⁴³. Como fato social pois o ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa do outro para coexistir. A virtude e o vício dizem respeito à capacidade do homem de ser solidário em prol de beneficiamento comum e próprio, a partir de valores difundidos modernamente, tais como a prática do assistencialismo espontâneo (filantropia). Ademais, a solidariedade como

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 523.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; e MELLO, Celso de Albuquerque. *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 527-56.

comportamento pragmático é perfeitamente compreendida através da conhecida teoria dos jogos⁴⁴ e se refere à utilização da racionalidade como indutora de determinadas condutas.

Sem a pretensão de diminuir a importância desses significados, cuja análise mais se afeta à sociologia, é a solidariedade como norma jurídica, dotada de eficácia coercitiva, que primordialmente interessa aqui. E esse aspecto, conforme já referido alhures, vem adquirindo especial relevância desde o advento da CF/88.

No direito ambiental, como direito propriamente difuso, é possível se falar em prestações positivas e negativas, não sendo esse o critério preponderante para sua descrição. Não é raro, nesse diapasão, que se exija do Estado uma obrigação de não fazer simultaneamente a uma obrigação de fazer. Basta lembrar as diversas ações civis públicas ajuizadas contra os quiosques em funcionamento em áreas de preservação permanente costeiras. Sempre há pedido para que o Município deixe de expedir alvará de funcionamento (tutela inibitória) e, também, repare o dano já causado (tutela de remoção do ilícito e reparatória).

Em verdade, o traço distintivo dos direitos fundamentais de terceira geração, além da sua titularidade difusa, é o embaralhamento da equação sujeito/destinatário de suas normas, confundindo essa dicotomia numa verdadeira ebulição de obrigações múltiplas em favor do meio ambiente. Os cidadãos deixam de ser simples titulares de direitos fundamentais para também serem devedores dos mesmos.

Da mesma maneira, o Estado, como representante da coletividade, passa a ser sujeito ativo, com legitimidade para exigir prestações positivas e negativas de quem quer que as deva, sejam outros órgãos públicos, privados ou pessoas naturais. O princípio da solidariedade, nesse sentido, impõe a todos o dever de zelar pelo meio ambiente sadio e, simultaneamente, confere o poder de exigir esse mesmo cuidado de todos os demais. Ninguém está isento dessas obrigações.

⁴⁴ A teoria dos jogos, inicialmente desenvolvida como ferramenta para compreender o comportamento econômico, ganhou derivações nas mais diferentes ciências. No direito, o dilema do prisioneiro caracteriza aplicação desta ao propor o seguinte problema: Dois suspeitos são presos pela polícia, que tem provas insuficientes para os condenar. Separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso é condenado a 10 anos de reclusão. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A solidariedade, como virtude, indica que o comportamento adequado seria manter-se silente, confiando que o outro faria o mesmo. Isso porque, nesse caso, o somatório das penas (6 meses + 6 meses) seria inferior do que se comparado às hipóteses em que um (10 anos + liberdade) ou os dois delatam o parceiro (5 anos + 5 anos). Sobre a aplicação da teoria dos jogos ao direito, cf. Augusto Moreira de. *Introdução à teoria dos jogos no direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 59, p. 213, abr. 2007.

Sobre o ponto, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, com espeque na doutrina de Luigi Ferrajoli, na falta de uma expressão melhor, afirma que o direito ambiental é um direito *erga omnes* em duas direções, ou seja, não só oponível em face de todos, mas também potencialmente exercido por qualquer um⁴⁵. As consequências jurídicas daí advindas são profundas.

Pegue-se, como exemplo, a ação popular que, com a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser utilizada como instrumento de proteção da natureza. Essa compreensão do princípio da solidariedade redefine o instituto, ampliando-lhe o objeto de forma a viabilizar seu manejo, inclusive contra ato praticado por pessoas físicas e jurídicas de direito privado, com ou sem a participação do poder público⁴⁶.

Enfim, essa anunciada fraternidade redefine o papel do Estado na consecução do objetivo perseguido, a proteção ambiental, ora ocupando a tradicional posição de devedor da obrigação, ora atuando como credor da mesma. Noutra giro, o indivíduo, antes tido como beneficiário desses direitos em face de um Estado opressor e desigual, passa a se ver ao lado deste na busca por esse ideal comum.

O princípio da solidariedade avança ainda mais, propondo até mesmo que os direitos fundamentais, aqui em exame o direito ao meio ambiente equilibrado, possa ser aplicado à relação vertical Estado/indivíduo, mas em sentido inverso, ou seja, impondo um dever deste último. Cuida-se de proposta que altera ontologicamente o conceito de direitos fundamentais, que se ampliam da ideia restrita – ainda que histórica e atualmente de relevância inegável – de normas de definição da atividade estatal.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares não é nova. Em obra específica sobre o tema, Daniel Sarmento concluiu que o Brasil adota, majoritariamente, a teoria da eficácia horizontal direta, aventada inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, na década de 1950⁴⁷. Segundo narra, seguindo essa proposição, a

⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX*. In: VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). *O novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 20.

⁴⁶ Já tivemos oportunidade de analisar essa ampliação do objeto da ação popular, com base na jurisprudência dos tribunais superiores. Na ocasião, um dos exemplos citados foi o Recurso Especial 453.136/PR, interposto nos autos de ação popular proposta com objetivo de desconstituir negócio jurídico firmado pela Itaipu Binacional. Na hipótese, como matéria de defesa, suscitou-se preliminar de não cabimento, em razão da natureza jurídica supranacional da ré, afastada pelo Superior Tribunal de Justiça. Para mais detalhes, cf. ERTHAL, Thiago Serpa. Os instrumentos processuais de proteção do meio ambiente: releitura a partir do estudo comparado com as class actions. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 37, p. 357-86, jul./set. 2013.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 245 et seq.

Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho daquele país reconheceu, sem invocação de nenhuma norma infraconstitucional, a invalidade de cláusula contratual que possibilitava demissão por justa causa na hipótese das enfermeiras contraírem matrimônio, sob o singelo mas revolucionário argumento da incidência dos direitos fundamentais à espécie.

Em termos evolutivos, pode-se afirmar que os direitos de primeira geração instauraram o Estado de Direito, ao passo em que impuseram o dever geral de abstenção. Os de segunda geração, por sua vez, deram ensejo ao Estado Social de Direito, criando para este um poder-dever de atuação. Finalmente, os direitos de terceira geração fizeram nascer o presente Estado Socioambiental de Direito⁴⁸, ratificando para o poder público e estendendo também aos particulares esse poder-dever de intervenção.

A expressão desse poder-dever nesse novo modelo – que se dirige a todos como titulares e obrigados – tem o mérito de reforçar a imprescindibilidade da atuação estatal, não só através de políticas públicas tradicionais, tipicamente sociais, mas também mediante indução ou inibição do comportamento dos particulares. A multiplicidade obrigacional é a característica determinante dessa nova espécie de relação jurídica.

Percebe-se, então, que o Estado assume papel primordial na proteção ambiental, agindo como catalizador desse dever geral determinado pelo princípio da solidariedade. Porém, ao concordar com essa afirmação, Herman Benjamin alerta para a ironia de se atribuir, notadamente nos países da América Latina, tal papel àquele que, não raras vezes, é tido como o principal poluidor da natureza⁴⁹.

Entretanto, no que pese essa constatação, segue o autor propondo que, pelos argumentos esposados, com mais razão se justifica a intervenção do Estado, legislando e implementando política de proteção do meio ambiente. E o faz, outrossim, mediante o exame daquilo que chamou de função ambiental, tomado o termo “função” como uma atividade, exercida como poder-dever, em favor de terceiro⁵⁰.

Tratando especificamente da função ambiental pública administrativa, Benjamin enfaticamente assevera que esta não deve ser exercida nos mesmos moldes que a função

⁴⁸ O Estado Socioambiental de Direito revela o ganho de uma nova dimensão para completar o elenco presente do Estado de Direito contemporâneo, qual seja, o imperativo da proteção do ambiente. Esse novo aspecto se articula dialeticamente com as outras dimensões já plenamente consagradas (direitos individuais, políticos e sociais) na orientação de todo o ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, cf. SARLET, op. cit., pp. 44-6.

⁴⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. Função Ambiental. *BDJur*, Brasília, DF, p. 49. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8754>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 25-6.

administrativa geral, ressaltando duas características próprias que as diferenciam. Em primeiro lugar, essa atividade deve ser exercida não apenas por um órgão da administração, em regra aquele criado especificamente para o mister, mas por todos que a compõem. Essa não compartimentalização conecta-se diretamente com o caráter multidisciplinar do direito ambiental, melhor dito, com reflexos no direito urbanístico, agrário, energético, do trabalho, dentre outros⁵¹.

Impõe ter cuidado, porém, para não cair na falácia de criar diversos órgãos ambientais com atribuições sobrepostas, problema que, aliás, se observa hodiernamente no licenciamento ambiental, qualificado outrossim pelas limitações impostas pelo pacto federativo. A experiência vem demonstrando, com bem anota Paulo Affonso Leme Machado, que a justaposição de competências tende a gerar excessivo dispêndio de verba pública, sem qualquer ganho significativo na atuação estatal. E mais, muitas vezes observa-se prejuízo no que tange à segurança jurídica⁵².

Ultrapassado esse atributo da função ambiental, é o segundo predicado que mais interessa e tem maior repercussão sobre as questões que serão adiante analisadas. Cuida-se da participação do cidadão no processo decisório administrativo ambiental, uma conquista democrática de anos recentes, em aparente processo de expansão. Não se confunda, no entanto, essa característica participativa da função pública ambiental, com o dever do particular de também zelar, ativa e passivamente, pela proteção do meio ambiente.

O ponto será tratado com mais detalhes no capítulo dois, ao se estudar a discricionariedade administrativa, bem como no capítulo três. Contudo, não se pode, à vista disso, deixar de apontar tão importante atributo da função administrativa ambiental. Com efeito, é possível depreender mais esse imbricamento da relação Estado/indivíduo determinada pelo princípio da solidariedade. Por ora, cumpre expor como o Estado deve exercer esse novo papel que lhe é imposto, notadamente mediante aplicação da lógica econômica através de instrumentos de implementação, como o licenciamento e sua revisão.

⁵¹ Ibid., p. 52-4.

⁵² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 181-92.

1.5 Dimensão econômica do direito ambiental

Até aqui, exceto ao expor o caminho do direito ambiental da fase fragmentária para a holística, tratou-se da relação entre o homem e a natureza com ênfase na sua sobrevivência e manutenção do bem estar, logicamente decorrente da proteção do meio ambiente. Aliás, a própria terminologia aplicada e reiterada – sempre o vocábulo “proteção” – dá conta do destaque conferido a esse aspecto.

Não se pode olvidar, porém, da dimensão econômica⁵³ deste, que considera o meio ambiente a partir de dois elementos. Primeiro, como fonte de recursos naturais para o fomento da atividade produtiva. Ademais, como um sítio apropriado para o lazer ou depósito de subprodutos indesejáveis dessa produção. Em ambos os casos, depreende-se a inter-relação entre economia e meio ambiente.

Para o tema aqui tratado, essa dimensão é de suma importância. Com efeito, cuida-se em diversos momentos deste trabalho de ponderação da variável ambiental com outras envolvidas no processo de licenciamento, notadamente a social e econômica. Assim, a tentativa de atribuir um valor monetário ao meio ambiente facilita essa atividade de sopesamento, visto que traduz um denominador comum entre todos os interesses envolvidos.

Esse aspecto não é novo, mas recebeu especial atenção a partir da constatação da finitude dos bens naturais, ou seja, durante o período fragmentário, da preocupação sobre as consequências da degradação ambiental sobre o processo produtivo. Já foi citada acima a anunciada tragédia dos comuns de Garrett Hardin, datada de 1968, na qual preceituava que o ser humano historicamente tende a ter menos cuidado com os bens comuns do que aqueles com titularidade definida. O exemplo então exposto é emblemático:

*A hundred and fifty years ago a plainsman could kill an American bison, cut out only the tongue for his dinner, and discard the rest of the animal. He was not in any important sense being wasteful. Today, with only a few thousand bison left, we would be appalled at such behavior.*⁵⁴

⁵³ A ideia de se atribuir um aspecto econômico ao direito ambiental tem, a princípio, certa conotação antropocêntrica. Há que se zelar por não levá-la a tal extremo, lembrando-se sempre da doutrina ética do antropocentrismo mitigado e das não antropocêntricas como fundamento mediato e complementar do raciocínio jurídico. Sobre o ponto, cf., nesta dissertação, o item 1.3.

⁵⁴ “Cento e cinquenta anos atrás, um camponês poderia matar um bisonte americano, cortar apenas sua língua para o jantar e descartar o resto do animal. Isso não seria considerado, de forma alguma, um desperdício. Hoje, com apenas alguns milhares de bisões ainda vivos, ficaríamos horrorizados com tal comportamento.” (HARDIN, op. cit., tradução livre).

Com efeito, economia e meio ambiente estão umbilicalmente ligados. A partir do momento em que se constatou, no seio de um sistema capitalista, a finitude de um determinado recurso, imediatamente se atribuiu, ainda que inconscientemente a princípio, um valor monetário ao mesmo, não pela natureza em si, mas pela limitação da possibilidade de privatização de parcela do bem coletivo abstratamente considerado⁵⁵.

O problema que surge não é propriamente da monetarização dos recursos naturais, mas sim das decorrências daí advindas, notadamente a necessidade de compatibilização da conservação do meio ambiente – não mais proteção – com a economia e todos os processos que lhe são inerentes. Sobre o ponto, Cristiane Derani assevera que:

a economia ambiental tem como foco de preocupação os ‘efeitos externos’, e procura fixar o emprego da ‘monetarização’ para responder à questão do uso de recursos renováveis e não renováveis. O ideal estaria em que cada fração de recurso natural utilizado obtivesse um preço no mercado.⁵⁶

Realmente, o ideal seria que a cada fração de recurso natural correspondesse um valor justo que fosse apto a determinar esse equilíbrio social, econômico e ambiental almejado. Contudo, acreditar nessa realidade é o mesmo que admitir a autossuficiência do livre mercado, há muito comprovada um mito da filosofia liberal. A solução não pode ser nem estritamente orientada pela economia, nem pelo direito ambiental.

Buscando-se equacionar o problema, há uma tentativa de incorporação do meio ambiente à lógica de mercado, viabilizando a conservação da natureza simultaneamente à manutenção do processo produtivo inerente ao capitalismo. As teorias da correção do mercado, de Arthur Pigou⁵⁷, e da extensão do mercado, formulada por Ronald Coase⁵⁸, correspondem a dois marcos teóricos que não podem ser ignorados.

Ainda na primeira metade do século XX, na passagem da doutrina liberal clássica à welfarista, Arthur Cecil Pigou já defendia a intervenção estatal através da ideia de

⁵⁵ Por exemplo, a dificuldade de apossamento individual de ar, bem como sua disponibilidade irrestrita a todos, torna difícil a atribuição de valor ao mesmo. Isso não ocorre com a água potável, facilmente engarrafada e escassa em diversas localidades.

⁵⁶ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

⁵⁷ PIGOU, Arthur C. *Economics of Welfare*. 4. ed., Londres: Macmillan & Co, 1932. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html>>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁵⁸ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. v. 3. out. 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

internalização das externalidades⁵⁹. Referido autor percebeu que, ao contrário do que acreditavam os economistas influenciados pelo liberalismo, o processo produtivo conduzia a efeitos positivos, mas também a consequências negativas, as quais ele denominou “deseconomias”.

Pigou teve o mérito de constatar que, em ambos os casos, o mercado não transportava todas as informações necessárias para que seus agentes efetivassem uma alocação ótima dos fatores de produção. Propôs, então, que caberia ao Estado atuar na correção dessa distorção, internalizando ao processo produtivo essas externalidades não percebidas pelo livre mercado. Para tanto, recomendou a utilização de instrumentos indutores, como subvenções, subsídios e incentivos (positivos), ou de desestímulo, mediante tributação da atividade (negativos), num movimento automático de complementação.

No caso dos bens comuns, em especial os recursos naturais, o processo produtivo tende a se apropriar indiscriminadamente dos mesmos sem contabilização como custo, tanto por sua natureza indivisível como gratuita. No clássico exemplo de uma fábrica de produtos químicos à beira do rio, é irrelevante para o mercado se os resíduos são emitidos *in natura* em suas águas ou se há prévio tratamento dos mesmos. Cabe ao Estado, segundo Pigou, providenciar para que essa indiferença seja substituída por um fator de desestímulo⁶⁰.

O mesmo ocorre no que tange às externalidades positivas. Adicione-se ao exemplo citado uma informação: abaixo da fábrica de produtos químicos, há outra de produção de sucos, que utiliza a água como insumo do produto final. Nesse caso, o tratamento dos resíduos por aquela implicaria também benefício para esta, ante ao caráter indivisível do rio. Pela lógica de mercado, certamente não haveria incentivo para um agir nesse sentido, cabendo ao Estado providenciar tal estímulo.

A teoria da correção do mercado fundamenta os princípios ambientais do poluidor-pagador, usuário-pagador e protetor-recebedor, além de influenciar institutos como da responsabilidade civil ambiental. Basta citar que, a partir dessa ideia de internalização das externalidades negativas, temos hoje instrumentos como a compensação ambiental e a outorga onerosa de direito de uso de recursos hídricos⁶¹.

⁵⁹ Entende-se por externalidade todo aquele custo não contabilizado ou benefício não perseguido diretamente na produção empreendida, respectivamente adjetivada de negativa ou positiva.

⁶⁰ PIGOU, op. cit.

⁶¹ A monetarização da água como desestímulo a seu uso indiscriminado tem previsão na lei que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), que assim dispõe: Lei 9.433/97, Art. 1º [...]. II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

Por seu turno, Ronald Coase propõe uma solução mediante transação direta entre o causador e sofredor dos efeitos externos, eliminando a figura do Estado como interventor direto. A tese passa pela criação de um sistema global de direitos de propriedade dos sujeitos privados sobre os bens comuns, o que ele chamou de *property rights*. Com isso, seria possível atribuir uma individualidade dos recursos da natureza, até então inexistentes, viabilizando a internalização dos efeitos externos pela lógica de mercado, e não mais através do Estado⁶².

O autor cita diversos exemplos para fundamentar a teoria da extensão do mercado. Dentre eles, a situação de um confeitiro e um médico que trabalham em locais confrontantes, sendo que o barulho produzido por aquele prejudica o ofício deste. Para Coase, ambos os interesses são legítimos e, *a priori*, não há uma solução predefinida para o conflito, que deve ser examinado à luz do princípio da eficiência econômica⁶³.

Assim, se o custo do médico para suportar o barulho é de \$ 30 e do confeitiro para investir em nova tecnologia mais silenciosa é de \$ 50, inicialmente se concluiria pelo direito deste de continuar exercendo seu mister. No entanto, se uma lei fixasse que o médico tem direito de não ser submetido a essa situação, o confeitiro deveria lhe pagar uma quantia superior a \$ 30, mas inferior a \$ 50. Dessa forma, ambas as partes sairiam beneficiadas⁶⁴.

Referindo-se a uma situação hipotética mais complexa, Joan Martínez Alier e Jordi Roca Jusmet⁶⁵ assinalam dois equívocos na teoria da extensão do mercado. Primeiro, constatam que, quando uma pessoa é afetada pelas ações de outra, a disposição de pagar não coincide com a disposição de aceitar a compensação. Ignora-se, portanto, fatores que podem negar essa lógica, em regra associados a condições individuais de cada um dos interessados, bem como da repercussão da contenda na produção empreendida.

A segunda objeção, ainda mais relevante, diz respeito a adstrição dos exemplos de Coase a hipóteses em que há somente dois interessados e nas quais a negociação é, ao menos

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; II - incentivar a racionalização do uso da água; III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

⁶² COASE, op. cit.

⁶³ O princípio da eficiência econômica, também chamado Ótimo de Pareto, determina que os bens e serviços são alocados de forma eficiente quando é impossível uma nova distribuição que beneficie uma das partes (pelo menos uma) sem, simultaneamente, prejudicar as demais (ao menos uma).

⁶⁴ Um exemplo atual de apropriação dos bens comuns como forma de reduzir as externalidades é o mercado de carbono, viabilizado pela emissão particular de títulos representativos do crédito.

⁶⁵ ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. *Economía ecológica y política ambiental*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 105-18.

em tese, viável. Com efeito, as questões ambientais normalmente contrapõem a um sujeito toda uma coletividade, restrita ou generalizada, obstando ou dificultando em muito a aplicação da técnica proposta.

Como se observa, as doutrinas de Pigou e Coase não são contrapostas. Ao contrário, têm vários pontos de convergência, dentre os quais a necessidade de internalização das externalidades como forma de correção das inconsistências típicas do mercado livre. Nessa esteira, depois de examinar ambas as teorias, Cristiane Derani formula importantes observações aos fundamentos e conclusões expendidos pelos autores⁶⁶.

Nesse diapasão, a economia ambiental apenas conduz a uma relação com a natureza que maximize a utilidade econômica dos bens dela extraídos, ignorando a complexidade dos aspectos tipicamente ecológicos. Esse pensamento não se amolda mais ao tratamento holístico que se preceitua para o meio ambiente, o qual praticamente inviabiliza uma perfeita monetarização do mesmo, seja da forma proposta por uma ou outra teoria. Ao transpô-la para a prática cotidiana, deve-se ter em mente que a natureza globalmente considerada é dotada de valor próprio superior à soma dos seus recursos naturais.

Isso se evidencia para o Estado como problemas para promover, de uma forma ou de outra, a internalização das externalidades. Por exemplo, na hipótese de compensação ambiental por empreendimento causador de significativa degradação ambiental, o legislador brasileiro, sem qualquer motivo aparente, elegeu um critério: meio por cento do montante total investido, na forma do art. 36, § 1º, da Lei 9.985/00⁶⁷. Em decisão com significativo conteúdo técnico, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo, afirmando a impossibilidade de fixação tarifada *ex lege* da compensação⁶⁸.

Ao tratar dessa decisão, Mauricio Mota, ao passo em que concorda com a conclusão pela invalidade da norma, propõe alternativas metodológicas para, afinal, quantificar o dano que eventuais empreendimentos venham a causar, ou seja, o valor das externalidades negativas. Com esboço em diversas obras específicas sobre o tema, aponta métodos como o

⁶⁶ DERANI, op. cit., p. 92 et seq.

⁶⁷ Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei. § 1º. O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

⁶⁸ STF, Pleno, ADI 3.378, Relator Min. Ayres Britto, DJ 20/06/2008.

da *produtividade marginal*, *custo de reposição/reparação*, *custos de realocação*, *despesas de proteção*, *despesas de prevenção/mitigação*, *preços hedônicos*, *custo de viagem* e da *valoração contingente*⁶⁹.

Não cabe, aqui, examinar cada um desses métodos, complexos o suficiente para merecer um estudo dirigido. O ponto a ressaltar é a dificuldade de transpor para a prática as teorias de Pigou e Coase, bem como quaisquer outras que busquem examinar a questão sob o ponto de vista eminentemente econômico. Não raras vezes, a proteção da natureza – e não mais sua simples conservação – determinará a opção inversa àquela conduzida pelo princípio da eficiência.

Em vista dessa peculiaridade própria ao direito ambiental, Herman Benjamin busca decompor o valor da natureza em: valor de uso econômico direto, valor de uso indireto, valor de opção e valor existencial⁷⁰. Franco Archibugi destaca esses aspectos com ainda maior riqueza de detalhes que, considerados caso a caso, podem auxiliar nessa árdua tarefa. Vale citá-los:

- a) Valor de uso: o valor de um recurso natural para gerar benefícios presentes e futuros;
- b) Valor do afastamento de risco: os usuários em potencial não estão certos de que irão alguma vez utilizar um determinado recurso natural, porém não querem perder a oportunidade de usar (ou fruir) no futuro daquele mesmo bem que pode vir a esgotar-se;
- c) Valor de quase-opção: usuários potenciais têm interesse em utilizar um determinado bem ambiental, mas estão dispostos a abandonar um desenvolvimento irreversível, a fim de preservar opções futuras ligadas a este bem ambiental;
- d) Valor moral ou existencial: não-usuários consideram de grande valor o fato de que determinados bens ambientais escassos sejam mantidos intactos;
- e) Valor de uso virtual: não-usuários querem manter certo bem ambiental (público) intacto, para que outros possam vir a usufruir dele; e
- f) Valor de herança: não-usuários adotam como sua responsabilidade moral (ou altruísmo) proteger e manter certo bem para as futuras gerações⁷¹.

Nota-se que diversas dessas dimensões valorativas são típicas da natureza e, em termos clássicos, não seriam notadas sob o prisma eminentemente econômico. Assim, se a tragédia dos bens comuns anunciada por Hardin é uma realidade e cabe ao Estado evitá-la, a

⁶⁹ MOTA, Mauricio. *Função socioambiental da propriedade: o princípio do usuário pagador na nova interpretação da compensação ambiental pelo Supremo Tribunal Federal*. In: MOTA, Mauricio (coord.). *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 50-63.

⁷⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. O regime brasileiro de unidades de conservação. *BDJur*, Brasília, DF, 16 mar. 2010, p. 4. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27906>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁷¹ ARCHIBUGI, Franco et al. *The challenge of sustainable development*. In: ARCHIBUGI, Franco; NIJKAMP, Peter (org.). *Economy and ecology: towards sustainable development*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 169-88, *apud* DERANI, op. cit., p. 121.

monetarização da natureza, seja de que forma se der, não pode ignorar suas especificidades, sob pena de restar ineficiente a proteção ambiental que se almeja.

E mais, uma correta definição do aspecto econômico do direito ambiental tende a facilitar a ponderação dessa variável com as demais envolvidas no processo de licenciamento, permitindo ao intérprete um parâmetro – ainda que não exaustivo – de análise.

1.6 Implementação da proteção ambiental

Hodiernamente, a doutrina especializada vem se debruçando sobre um tema que, até pouco tempo atrás, era desconsiderado. Tinha-se a ideia, então, que o papel do jurista se concluiu com a promulgação da lei ou, no máximo, com sua interpretação dentro do ordenamento jurídico abstratamente considerado. Daí para frente, tudo que sucedia era relegado a ser estudado por outras ciências, como a sociologia. Há uma tendência atual de reversão desse quadro.

No direito ambiental, Herman Benjamin foi certamente um dos pioneiros desse estudo, suscitando seu debate, com influência do direito comparado norte-americano, ainda na década de 1990. Já naquela época, referido autor esclarecia a diferença entre regulação e implementação, alertando para a falácia de se ter um conjunto normativo bem estruturado, porém carente de eficácia prática⁷².

Nesse diapasão, na resolução dos conflitos ambientais, seja de índole individual ou coletiva, o Estado faz uso de duas técnicas correlatas e interdependentes: regulação (*regulation*) e implementação legal (*enforcement*), que visam a assegurar o respeito, obediência e cumprimento legal (*compliance*)⁷³. Essa segunda face da moeda desperta novos questionamentos ao jurista clássico, antes acostumado apenas a analisar o conteúdo da lei.

Não raras vezes, essa miopia jurídica sobre a realidade social impõe um afastamento das normas em relação aos fatos, inexoravelmente conduzindo à gradativa perda de legitimidade e respeitabilidade. Pior, também não são infrequentes os casos em que a lei já

⁷² BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público. *BDJur*, Brasília, DF, 20 maio 2010, pp. 1-3. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31406>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁷³ Id. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. *BDJur*, Brasília, DF, 7 maio 2010, pp. 21-31. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

nasce dissociada do mundo do *ser*, restringindo-se apenas ao *dever-ser* que nunca *será*. Vale, no ponto, uma observação.

Por vezes, a norma jurídica é produzida deliberadamente sem o intuito de ser eficaz. Em outras, evolui nesse sentido. Marcelo Neves fez importante análise desse fenômeno à luz dos símbolos por ele identificados, notadamente no que diz respeito ao que chamou de legislação simbólica, ou seja, aquela em que o significado latente prevalece sobre o sentido manifesto⁷⁴. A legislação simbólica é, portanto, aquela que tem reduzido conteúdo normativo.

Nessa esteira, a fim de examinar o que se entende por conteúdo normativo, há que se diferenciar *eficácia* de *efetividade*. Pode-se resumir a primeira como o implemento do *programa condicional*, da realização do vínculo abstrato “se-então” previsto na norma. A segunda, por sua vez, se refere ao *programa finalístico*, à concretização do vínculo “meio-fim”. Assim, uma norma será inefetiva quando não conseguir alcançar, no mundo fático, a finalidade para a qual foi editada.

Referido autor classifica, tomando por parâmetro seus respectivos objetivos, três espécies de legislação simbólica: (1) aquelas voltadas para confirmar valores sociais; (2) as que buscam demonstrar a capacidade de ação do Estado; e (3) aquelas cujo objetivo é adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios⁷⁵.

No primeiro tipo, a função primária da lei é exercer um ato de deferência ao grupo vencedor e de degradação para os perdedores⁷⁶. Depreende-se, assim, que eventual conteúdo obrigacional extraído de um texto legal com essas características tem eficácia diminuta se comparado com a significado latente extraído do texto legal.

A legislação simbólica que busca demonstrar a capacidade de ação do Estado, chamada de legislação-álibi, busca produzir confiança da população no sistema político e jurídico nacional, muitas vezes como resposta a uma pressão social direta decorrente de algum fato marcante.

Por fim, insta destacar a legislação simbólica como forma de compromisso dilatório, através da qual se posterga o exame de determinada controvérsia exatamente em razão da perspectiva de ineficácia de eventual lei publicada prematuramente. No ordenamento jurídico brasileiro, são diversos os exemplos que se podem extrair.

⁷⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 5 et seq.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 33-42.

⁷⁶ Utiliza-se os termos “vencedor” e “perdedor” não no sentido medieval traduzido em violência, mas sim referente aos conflitos político-sociais próprios da sociedade contemporânea.

Faz-se esse parêntese para, propositalmente, afastar o pensamento aqui desenvolvido das teorias radicais que enxergam as normas ambientais como puramente simbólicas, ou seja, cuja implementação não é perseguida. Em regra, tais teses propõem que a legislação afeta ao meio ambiente tem por objetivo legitimar determinadas condutas opostas, ou seja, que conduzem à degradação da natureza. Especificamente no que tange ao licenciamento ambiental, não faltam exemplos que, se tomados isoladamente, confirmariam esse pensamento. Porém, sem estender a problemática, parte-se da premissa contrária, isto é, de que tais normas gozam de eficácia normativa.

Como já referido acima, o princípio da solidariedade determina, de maneira ainda mais impositiva, um dever de intervenção estatal, que não se limita apenas ao âmbito da regulação, mas também avança no campo da implementação. Não cabe, aqui, falar-se em não-intervenção para resguardar a “neutralidade” do Estado. Essa inação representa uma escolha por sobrepor os interesses de poucos – os degradadores – em detrimento do direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Daí porque, novamente, a implementação, tal qual a regulação, é um dever.

Não se desconhece que nessa seara a atividade particular desfruta de maior importância do que naquela. Aqui, dada a ausência de monopólio do poder público típico da atividade regulatória, Estado e particulares agem lado a lado em prol do bem comum, a preservação da natureza, em atenção ao princípio da solidariedade que assim os determina. E não basta que o façam apenas por fazer, sem atenção aos resultado final.

Da mesma forma que o esforço normativo deve ser oportuno e eficaz, os mecanismos e sujeitos da implementação devem atuar com eficiência, buscando otimizar os recursos humanos e financeiros, em regra escassos. A atividade desenvolvida deve ser coordenada, mediante uso de todos os meios disponíveis, a fim de conseguir a maior concretização executável.

É possível citar cinco razões que justificam a preocupação com a implementação das normas ambientais⁷⁷. Primeiramente, ela assegura a efetividade dos programas e políticas públicas destinados à proteção do meio ambiente. Ademais, há um reforço de credibilidade da lei, que evita a sensação de insegurança e desorganização, gerando forte tensão social. Nesse ponto, não é novidade que as normas jurídicas não implementadas tendem a ser esquecidas pelo inconsciente coletivo. Aliás, da mesma forma, esse descrédito perpassa também para as instituições responsáveis, notadamente os poderes legislativo e judiciário.

⁷⁷ Extraídas de BENJAMIN, op. cit., nota 73, pp. 17-20.

Em terceiro lugar, a implementação é diretamente proporcional à consecução dos princípios da equidade e justiça⁷⁸. Com efeito, a falta de concretização da regulação inevitavelmente levará ao beneficiamento dos transgressores e, indiretamente, prejudicará aqueles que espontaneamente seguem as regras de regulação.

Há, outrossim, o fundamento da eficiência econômica. Conforme colocado alhures, o direito ambiental funciona como orientador da melhor utilização dos recursos naturais disponíveis, reinterpretando essa eficiência antes tida como aplicação indiscriminada do Ótimo de Pareto. Esse argumento é ainda mais relevante quando aplicado à esfera das responsabilidades, especificamente por gerar incremento à prevenção se comparado com a reparação.

Finalmente, o quinto e mais importante fundamento é uma síntese aprimorada dos anteriores e corresponde ao elemento de desestímulo ou dissuasão de novas violações da regulamentação. Mas, afinal, por que o ser humano depende da implementação para obedecer as normas do direito ambiental?

O respeito à lei (*compliance*) significa a conformação dos sujeitos-destinatários aos comportamentos e padrões estatuidos. Esses *standards* são impostos para a obtenção de três objetivos principais: (1) controle, ou seja, busca impedir condutas abusivas da atividade produtiva, corrigindo falhas de mercado; (2) fomento, melhor dito, visa estimular certas condutas dos regulados; e (3) solidariedade, leia-se, incorpora elementos de equidade no mercado⁷⁹.

A obediência legal, ao contrário do que muitos entendem, não é um estado definido e não-problemático. Ao contrário, é um processo complexo e fluido, guiado pelos mais diferentes fatores, ora tendendo para o mais, outra para o menos. Ambas as posições extremadas – o tudo ou nada – são hipotéticas. Esse, talvez, seja o principal argumento que justifique a imprescindibilidade da implementação.

⁷⁸ Pela complexidade do tema, não se tratará neste estudo sobre o conceito de justiça, há séculos debatido no âmbito da filosofia política. Contudo, independentemente da doutrina adotada, a falta de implementação parece intuitivamente conduzir a um resultado injusto. Pegue-se, como exemplo, a teoria da justiça como equidade, de John Rawls, para a qual a justiça é o resultado da aplicação dos princípios escolhidos numa posição original hipotética, em que as pessoas estariam encobertas pelo véu da ignorância. Não parece crível que, nessa situação, se escolheria pela incidência das normas ambientais a apenas alguns em detrimento de outros. Para mais detalhes sobre a teoria da justiça como equidade, cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: EdUnB, 1981, em especial pp. 127-53.

⁷⁹ BENJAMIN, op. cit., nota 73, p. 23.

Esta é o maior vetor, juntamente com a educação ambiental, de condução desse processo a um maior nível de obediência espontânea. Isso porque os valores que orientam a sociedade atual são de índole eminentemente econômica, ainda pouco influenciados pelo pensamento solidário e prospectivo da imprescindibilidade de preservação do meio ambiente.

Esses valores representam o motivo primordial pelo qual as pessoas desobedecem as normas ambientais. Ninguém em sã consciência degradaria a natureza sem pretexto algum, exceto se não soubessem as potenciais consequências desses atos (daí a relevância da educação). Se forem minimamente informados, fazem-no pura e simplesmente porque é mais barato, quiçá gratuito, se comparado ao prejuízo econômico de cumprir todas as exigências normativas. Inverter essa lógica – determinando que o benefício maior se dê em favor da preservação – é um dos papéis da implementação.

Tratando especificamente desta, tradução mais aproximada do termo *enforcement*, um enfoque mais restritivo lhe adstringiria ao quê fazer depois da violação à lei. É o que se verifica, por exemplo, no direito penal, cujo principal instrumento de concretização é a aplicação da pena pelo descumprimento do preceito primário do dispositivo de tipificação delitiva. Todos os efeitos – repressão geral e específica e prevenção geral e específica – decorrem da pena privativa de liberdade. Não é por outro motivo que as contravenções penais e os crimes de menor potencial ofensivo tendem a ser praticados sem grande receio.

Essas regras de *comando e controle* são amiúde insuficientes para a implementação da regulação do meio ambiente⁸⁰. Nessa seara específica, há que se ampliar seu conceito para compreender, outrossim, os mais distintos meios de concretização, maximizando o aparato interventivo. E mais, esse conjunto de instrumentos deve estar em constante evolução, visando a se adequar às cada vez mais frequentes mutações sociais.

Nesse sentido, Herman Benjamin classifica a atividade implementativa em duas categorias: direta ou próxima e indireta ou remota⁸¹. A primeira diz respeito aos instrumentos estabelecidos pelo ordenamento, como o licenciamento, os padrões de controle ambiental, as sanções administrativas e penais. A outra corresponde aos próprios objetivos e princípios do

⁸⁰ Norberto Bobbio associa as medidas de desencorajamento – como as de comando e controle – a uma função protetora do direito, normalmente próprias ao Estado liberal e à manutenção do *status quo*. Por outro lado, propõe que as medidas encorajadoras se referem à função promocional deste, típica do Estado social intervencionista. Talvez por esse motivo ainda se veja uma predominância das normas de comando e controle, mas uma tendência de modificação desse quadro em favor de outros instrumentos. Sobre a função protetora e promocional do direito, cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, pp. 2 et seq.

⁸¹ BENJAMIN, op. cit., nota 73, p. 36.

direito ambiental que, reflexamente, por força da efetividade da aplicação dos instrumentos, terminam por alcançar sua realização.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 6.938/81 concentra a referência tanto aos objetivos quanto aos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, respectivamente em seus artigos 4º e 9º, dentre os quais consta o licenciamento ambiental. Com efeito, os sete objetivos e treze instrumentos citados por tal lei são de extrema relevância para a implementação da regulação ambiental, uns mais utilizados, outros ainda em fase embrionária.

Conforme se examinará no capítulo seguinte, o licenciamento prévio das atividades potencial ou efetivamente poluidoras é uma das ferramentas mais eficientes de proteção da natureza, merecendo especial atenção. E, por consequência, também assim se caracteriza a revisibilidade das licenças ambientais, tema principal deste estudo, que será abordado com mais precisão no terceiro capítulo.

2 TEORIA GERAL DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

2.1 Conceito

Como exposto no final do capítulo anterior, o licenciamento ambiental é um dos mais relevantes instrumentos de execução da Política Nacional do Meio Ambiente, encontrando seu fundamento de validade imediato no princípio da prevenção e, eventualmente, até mesmo no da precaução. Cuida-se de uma ferramenta bastante eficiente de intervenção do Estado visando à implementação da proteção ambiental tratada alhures.

Édis Milaré identifica o licenciamento ambiental como ação típica e indelegável do poder executivo, na medida em que busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico, ou seja, sem que constitua um obstáculo teimoso àquele⁸².

No mesmo sentido, a Resolução 237 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), de 19 de dezembro de 1997, conceitua o licenciamento ambiental como 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. Esse conceito foi praticamente repetido, com certo sintetismo, pelo art. 2º, inciso I, da Lei Complementar 140, de 08 de dezembro de 2011.

Com efeito, tal definição é tomada como base para outras que lhe completam. Paulo de Bessa Antunes, por exemplo, aproveita o conceito para ressaltar que o licenciamento não é sinônimo de controle ambiental, correspondendo a uma modalidade deste, ou seja, uma maneira, dentre diversas possíveis, de exercê-lo⁸³.

Corroborando essa diferença, o autor enaltece o texto do Decreto Estadual 1.777-R/2007 do Espírito Santo, que define controle ambiental como a “atividade estatal consistente na exigência da observância da legislação de proteção ao meio ambiente, por parte de toda e

⁸² MILARÉ, op. cit., p. 777.

⁸³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 192-3.

qualquer pessoa, natural ou jurídica, utilizadora dos recursos ambientais”. De fato, os termos não são similares e sua diferenciação, ainda que intuitiva, parece contribuir para a correta delimitação do instituto.

Talden Farias também não se furta de propor uma definição daquilo que entende por licenciamento ambiental, por ele compreendido como

o processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente.⁸⁴

Nota-se, então, alguns pontos em comum nos conceitos acima mencionados. Em primeiro lugar, o reconhecimento de que o licenciamento é atividade tipicamente estatal, exercício do seu poder de polícia, e por tal razão não pode ser objeto de delegação ao particular. Isso evita, outrossim, a aplicação da lógica de mercado, peculiar à iniciativa privada, a uma seara que depende também do exame de outras variáveis que não o lucro, conforme já esclarecido no capítulo anterior (item 1.5).

Em regra, o licenciamento é conduzido por órgãos da administração direta ou por autarquias e fundações públicas especializadas, como, em âmbito federal, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Há exceções, porém. A mais notória talvez seja a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB)⁸⁵, sociedade de economia mista responsável pelo licenciamento ambiental no referido Estado-membro.

As sociedades de economia mista são espécies do gênero sociedade por ações, caracterizadas pela predominância de capital e controle públicos mas, por outro lado, pela finalidade lucrativa da atividade exercida. O próprio estatuto social, ao fazer referência ao regramento da Lei 6.404/1976, indiretamente reconhece essa característica, notadamente pela redação do art. 2º, expressa nesse sentido.

Sem qualquer objeção concreta às atividades exercidas pela CETESB, conceitualmente não parece adequado que o licenciamento ambiental seja desconcentrado em

⁸⁴ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forum, 2013, p. 26.

⁸⁵ A Lei 118/1973 autorizou o poder executivo a constituir uma sociedade por ações, sob a denominação Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle de Poluição das Águas (CETESB). Posteriormente, a Lei 13.542/2009 alterou seu nome para Companhia Ambiental do Estado de São Paulo.

favor de uma empresa pública, tipicamente regida por regras de mercado. Mais apropriado seria que o ente federativo exercesse diretamente esse mister ou o delegasse para uma autarquia ou fundação pública (de direito público), como ocorre, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, em que dita atividade é de atribuição do Instituto Estadual do Ambiente (INEA), entidade autárquica criada pela Lei 5.101/2007.

Repita-se que essa observação é meramente teórica e, para se tornar uma crítica, deve necessariamente ser conjugada com dados concretos. Não se pretende seguir por esse caminho, mas tão-somente consignar que o licenciamento ambiental decorre do poder de polícia do ente federativo competente e deve ser por ele exercido, seja de forma concentrada ou não. A seara pública, por mais que sofra críticas quanto a sua ineficiência, é respaldada por princípios próprios, que muitas vezes determinam um caminho oposto àquele que a lógica de mercado indicaria.

Um segundo ponto em comum que se observa nos diversos conceitos de licenciamento é a constatação de que se trata de um processo administrativo, ou seja, uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo⁸⁶. Assim, por ser um processo administrativo, há que respeitar as regras adjetivas inerentes ao devido processo legal.

Isso significa dizer que o licenciamento é uma garantia para os administrados⁸⁷ de que o órgão público atuará com transparência e imparcialidade, garantindo aos juridicamente interessados o exercício pleno de contraditório e ampla defesa. É importante ressaltar que esses direitos não têm cunho meramente formal, mas também substantivo. Assim, não basta possibilitar ao administrado a oportunidade de se manifestar. É imprescindível que os fundamentos apresentados sejam efetivamente considerados na tomada de decisão.

Em seguida, o terceiro consenso diz respeito à necessidade de conclusão do processo administrativo, melhor dito, na materialização do ato administrativo definitivo que defere ou indefere a licença ambiental pleiteada. Daí a pertinente observação de Talden Farias de que não há licenças ambientais sem o processo de licenciamento, mas este pode existir sem aquelas⁸⁸.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 491.

⁸⁷ Sobre o processo de licenciamento como garantia para os administrados, cf. SILVA FILHO, Derly Barreto e. A processualidade das licenças ambientais como garantia dos administrados. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 5, p. 81, jan.1997.

⁸⁸ FARIAS, op. cit., p. 27.

A licença ambiental, por seu turno, nos termos do art. 1º, inciso II, da Resolução 237/97 do CONAMA, corresponde ao

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.

Vê-se, assim, que a licença ambiental é expedida depois e condicionada à decisão administrativa definitiva favorável ao empreendimento, momento em que somente restará ao órgão ambiental estabelecer condições, restrições e medidas de controle, porém não mais obstar a realização da pretendida obra ou atividade.

Feitas essas observações e à vista da definição legal constante no art. 2º, inciso I, da LCp 140/2011⁸⁹, o conceito de licenciamento ambiental não gera grandes controvérsias e pode ser sintetizado da seguinte forma: é um instrumento da PNMA através do qual o poder público, obedecido o devido processo legal, permite ou não a execução de empreendimento considerado efetiva ou potencialmente poluidor, oportunamente impondo condicionantes e fiscalizando seu cumprimento.

2.2 Surgimento das bases normativas

Delimitado o conceito de licenciamento, vale fazer um apanhado histórico que conduz até as atuais bases normativas do instituto. Nesse sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo expõe interessante estudo do surgimento desse instrumento no direito comparado⁹⁰, dentro do qual esclarece sua origem.

Segundo o autor, o embrião do licenciamento como hoje se conhece é o *National Environmental Policy Act (NEPA)*⁹¹, editado nos Estados Unidos em 1969. Essa lei não previu especificamente o instrumento, mas serviu de parâmetro para a criação, no ano

⁸⁹ Art. 2º. Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se: I - licenciamento ambiental: 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.

⁹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Paulo; MARI MORITA, Dione. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 86-174.

⁹¹ Disponível em <<http://www.epw.senate.gov/nepa69.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

seguinte, da *United States Environmental Protection Agency* (EPA), agência governamental responsável por aprovar ou rejeitar os *environmental impact statements* (EIS), documento similar ao relatório de impacto ambiental (RIMA).

No Brasil, segundo afirma Antônio Inagê de Assis Oliveira, o Estado do Rio de Janeiro foi pioneiro na regulamentação e utilização do instrumento⁹², ainda que não com esse nome. Com efeito, o art. 8º do Decreto-lei 134, de 16 de junho de 1975, dispunha que as pessoas físicas ou jurídicas que viessem a se instalar em seu território e cujas atividades pudessem causar poluição deveriam submeter os projetos de implantação à aprovação da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (FEEMA). Já a operação dependia de autorização da Comissão Estadual de Controle Ambiental (CECA).

Cerca de dois meses depois, o então presidente Ernesto Geisel editou o Decreto-lei 1.413, de 14 de agosto de 1975, que tratou do controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Nesse diploma, além da possibilidade do poder executivo federal suspender o funcionamento de estabelecimento industrial que não adotasse medidas de prevenção e correção dos impactos causados ao meio ambiente (controle pós-fato), permitiu-se que os Estados e Municípios estabelecessem condições para o funcionamento das empresas, tal como meses antes fizera Estado do Rio de Janeiro.

O Estado de São Paulo seguiu o mesmo caminho. Ainda em 1976, através da Lei 997, instituiu que a instalação, construção e ampliação, bem como a operação e funcionamento das fontes de poluição enumeradas em regulamento, ficariam sujeitas à prévia autorização do órgão ambiental, mediante licenças de instalação e de funcionamento.

Em âmbito nacional, o primeiro marco normativo é certamente a publicação da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual prevê expressamente como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras⁹³. A partir de então, o licenciamento passou a ser obrigatório para todas as obras e atividades causadoras de degradação ambiental, não mais restrito àquelas previamente elencadas, como acontecia no RJ e SP.

Não obstante, o instrumento somente veio a ser regulamentado dois anos depois, pelo Decreto Federal 88.351/1983. Segundo Talden Farias, cuidou-se de tentativa de uniformizar a aplicação do instituto nos diversos Estados-membro, obstando que se omitissem ou,

⁹² OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 292.

⁹³ Art. 9º, inciso IV.

eventualmente, utilizassem-no de forma “incorreta”⁹⁴, tal como o Rio de Janeiro, que não o fazia incidir sobre os empreendimentos instalados ou em instalação na época da edição do Decreto-lei fluminense.

Esse decreto, que nessa parte foi expressamente revogado pelo Decreto 99.274/1990 (atualmente vigente), foi o primeiro a fixar balizas para a delimitação do licenciamento ambiental como hoje se conhece. Digno de nota que, desde então, já se previa a tripartição das licenças e a exigência, conforme regulamentação do CONAMA, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, posteriormente tratado pela Resolução 01/1986 do mesmo conselho.

No que pese a importância desses diplomas normativos, a Constituição Federal promulgada em 1988 é, sem dúvida, o marco jurídico mais relevante para o instrumento aqui examinado. Não apenas pelos aspectos gerais ressaltados no capítulo 1, mas, especificamente no que tange ao instituto, pela determinação de obrigatoriedade de elaboração de EIA/RIMA às obras e atividades causadoras de significativo impacto ambiental (art. 225, § 1º, inciso IV) e, por consequência, da análise prévia do empreendimento inerente ao licenciamento.

Não bastasse, a nova ordem jurídica impôs a cada Estado-membro que elaborasse sua própria Constituição, o chamado poder constituinte decorrente. Muitos deles se aproveitaram da oportunidade para fazer constar nos referidos diplomas a obrigatoriedade do licenciamento ambiental, como o Amazonas (art. 234, § 1º), Mato Grosso (art. 265 e 266), Minas Gerais (art. 214, § 1º, IV, § 2º), Paraíba (art. 228) e São Paulo (art. 192, §§ 1º e 2º)⁹⁵.

Ainda sobre a Constituição, possivelmente a disposição de mais impacto foi a previsão do art. 23, inciso VI, que dispõe ser de competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção do meio ambiente, nos termos a serem fixados por futura lei complementar. Menos de um ano depois, a Lei 7.804/1989 alteraria o art. 10 da Lei 6.938/81 para viabilizar a atuação supletiva do órgão federal, o então recém-criado IBAMA.

Em 1997, o CONAMA editou a Resolução 237 que por 14 anos regeu as bases do licenciamento em âmbito nacional, ainda que tenha sofrido diversos ataques no que tange à constitucionalidade de seu poder normativo⁹⁶. Finalmente, em 08 de dezembro de 2011, foi

⁹⁴ FARIAS, op. cit., p. 31. Acrescentou-se aspas ao termo “incorreta”, utilizado expressamente pelo autor, pela indeterminação de seu significado. Como não há pretensão de analisar o ponto mais a fundo, valeu-se desse recurso para indicar que a correção ou não da atuação da União e dos Estados-membro é, ao menos, questionável.

⁹⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 288.

⁹⁶ Analisando a divergência sobre o poder normativo do CONAMA, cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Curso de direito ambiental*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 200-4.

publicada a Lei Complementar 140, que regulamentou a cooperação entre os entes federativos no exercício da competência material comum.

Se, por um lado, tem-se por superada a omissão legislativa em disciplinar essa relação complexa entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por outro, o novo diploma deixou de solucionar vários problemas e ainda criou outros tantos que, sob a égide da Resolução 237/1997, não existiam⁹⁷. Dentre eles, certamente a questão da competência para conduzir o licenciamento, analisada a seguir.

2.3 Competência

No que tange ao licenciamento ambiental, a repartição dessa atividade pelos entes federativos é a maior fonte de conflitos surgidos nos últimos anos. Isso porque, apesar de a Constituição Federal disciplinar que a competência para proteção do meio ambiente é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, delegou ao legislador a tarefa de minudenciá-la, providência somente implementada recentemente através da Lei Complementar 140/2011.

A lei da PNMA, que instituiu em âmbito nacional a figura do licenciamento ambiental, dispunha originalmente que a condução do mesmo cabia aos órgãos estaduais, sem qualquer exceção expressa. Alguns anos depois, a Lei 7.804/1989 alterou o art. 10 da Lei 6.938/81 para viabilizar a atuação supletiva do órgão federal⁹⁸. Mas foi a Resolução 237/1997 do CONAMA que efetivamente regeu a questão por anos.

Referido diploma dividiu a competência para licenciar pelos três entes federativos – União, Estados e Municípios – em razão de três critérios: extensão do dano, localização e

⁹⁷ A Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente (ASIBAMA) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.757, Pleno, Relatora Min. Rosa Weber, pendente de julgamento) arguindo invalidez formal e material de diversos dispositivos da LCp 140/2011, bem como de toda a lei por arrastamento. A petição inicial está disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4224704>>. Acesso em: 13 dez. 2013. Para mais detalhes, cf., nesta dissertação, as notas de rodapé 99, 108 e 109.

⁹⁸ Há quem defenda que essa lei sofre de vício de inconstitucionalidade formal, já que, editada depois da CF/88, a regulamentação das competências ambientais já era reservada a lei complementar, nos termos do art. 23, parágrafo único. Nesse sentido, cf. MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Competência executiva em matéria ambiental*. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; e REIS, Antonio Augusto (orgs.). *Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 128. No entanto, com a edição da LCp 140/2011, essa discussão tornou-se extemporânea.

material. A partir da análise conjugada desses três parâmetros, constantes de maneira esparsa nos arts. 4º a 6º, era possível depreender qual órgão teria atribuição para tanto.

A regra geral, e portanto o ponto de partida, era o critério da extensão do dano. Dizia a Resolução CONAMA 237/97 que os empreendimentos cujo impacto ambiental direto abrangesse mais de um Estado-membro ou ultrapassasse os limites territoriais do país deveriam ser licenciados pelo IBAMA, ou seja, pelo órgão federal. Caso ficasse adstrito a um Estado-membro e alcançasse mais de um Município, caberia ao órgão estadual. Por fim, na hipótese do dano se restringir aos limites territoriais de um único Município, incumbiria-lhe tal mister.

No que pese os textos normativos serem aparentemente claros nesse sentido, a competência municipal pelo critério da extensão do dano sempre gerou controvérsias. Para entendê-las, vale a leitura do dispositivo:

Resolução 237/97, 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.

Nota-se que há duas hipóteses no mesmo artigo. A primeira é de dano local, em que a competência seria do Município. A segunda, daqueles empreendimentos que, inobstante não se enquadrassem na primeira situação, fossem por qualquer motivo delegados a tal ente federativo, na mesma esteira que se permitia aos Estados em relação à competência originária federal (art. 5º, inciso IV)⁹⁹.

Não raro, porém, interpretava-se que a segunda hipótese – dependente de delegação do Estado – caracterizaria apenas um requisito para o exercício da primeira. Melhor dito, ao Município caberia tão-somente licenciar os empreendimentos se observados dois pressupostos: o impacto ambiental direto fosse de âmbito local e, cumulativamente, houvesse firmado convênio com o órgão estadual.

Pegue-se como exemplo o Estado do Rio de Janeiro, que conta com o Decreto 42.050, de 25 de setembro de 2009, para regulamentar exatamente a celebração de convênios com os municípios nos casos de dano local. Ora, à luz da Resolução 237/97, em se cuidando de impacto adstrito ao território municipal, não haveria que se falar em delegação de uma

⁹⁹ A possibilidade de delegação da competência de um ente a outro não é nova, tendo sido mantida pela LCP 140/11. Não obstante, teve sua validade questionada pela ADI 4.757 ao fundamento de que as competências constitucionalmente fixadas são irrenunciáveis e intransferíveis.

atividade que originalmente já era do próprio Município. No entanto, mesmo assim, exigia-se (e ainda se exige) delegação da atribuição pelo Estado-membro, como se ele fosse o ente originariamente detentor da competência para tanto.

Em verdade, a atribuição municipal para conduzir o licenciamento ambiental é amplamente discutida, em especial à vista do princípio federativo. Nessa esteira, o paradigma constitucional é utilizado como fundamento de invalidade tanto em um, quanto em outro sentido. Contra competência desse ente, alega-se que no art. 10 da Lei 6.938/81 somente há referência aos órgãos federal e estadual e, portanto, qualquer atuação determinada pela Resolução 237/97 seria ilegal e inconstitucional. Careceria ao CONAMA poder normativo.

Por outro lado, a favor da atribuição do Município, defende-se que a competência executiva comum, prevista no art. 23, inciso VI, da CF/88, abrangeria também o licenciamento ambiental e, assim, tornaria materialmente inválida qualquer norma inferior que lhe tolhesse tal atribuição¹⁰⁰. Essa questão foi, a princípio, resolvida pela LCp 140/11, conforme se verá a seguir.

Por ora, seguindo no exame da Resolução 237/97, verifica-se que a regra da extensão do dano – ou seja, a ideia de que a competência para licenciar vai ser determinada pelos limites territoriais do impacto direto causado pela obra ou atividade – é o ponto de partida para a identificação da atribuição executiva. Este (o critério da extensão do dano) é complementado pelos dois outros, da localização e material.

O parâmetro locacional se refere às hipóteses nas quais se pretendeu, *a priori*, fixar a competência para licenciar independentemente da extensão do dano. Assim, nos termos do art. 4º da Resolução 237/1997, caberia ao IBAMA o licenciamento de empreendimentos localizados simultaneamente no Brasil e em país limítrofe, em dois ou mais Estados, no mar territorial, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva, em terras indígenas e em unidades de conservação de domínio da União¹⁰¹.

Na mesma esteira, à luz do art. 5º, incumbiria ao órgão estadual licenciar as obras e atividades localizadas em mais de um Município (dentro do território estadual), em unidades

¹⁰⁰ Sobre a competência municipal para conduzir o licenciamento ambiental, trazendo tanto argumentos a favor como contra, cf. MASCARENHAS, op. cit., pp. 131-2.

¹⁰¹ Apesar de a Resolução 237/1997 se referir a unidades de conservação de domínio da União, parece que a intenção era abranger aquelas áreas instituídas pela União, ainda que tituladas por particulares. Nesse sentido, cumpre salientar que a Lei 9.985/2000 permite que algumas unidades sejam de domínio privado. A Lei Complementar 140/2011 solucionou a questão, ao trocar a expressão “de domínio da União” por “instituídas pela União”.

de conservação de domínio estadual e nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente.

Já o critério material, que também é especial em relação à regra geral da extensão do dano, cuida de determinadas atividades específicas que justificariam tratamento diferenciado. É o caso dos empreendimentos de qualquer forma relacionados a material radioativo, que utilizem energia nuclear e atinentes à construção e operação de bases militares, cuja atribuição foi expressamente conferida ao órgão federal.

Esse era o quadro geral do que dispunha a Resolução 237/97 do CONAMA, sendo certo que inúmeras controvérsias surgiram desse regramento. Talvez a mais reiterada tenha sido sobre a aplicação ou não do critério da dominialidade, segundo o qual as atividades e obras realizadas em bens titulados pela União deveriam ser licenciados pelo órgão federal, argumento majoritariamente rechaçado pela jurisprudência¹⁰², ainda que com algumas dissonâncias¹⁰³.

Exatamente visando a solucionar essas contendas, aguardava-se ansiosamente a edição da lei complementar referida no art. 23, parágrafo único, da CF/88. Finalmente, 23 anos depois, foi publicada a Lei Complementar 140/2011 que, por seu pouco tempo de vigência, ainda se encontra em processo de minudenciamento pelas demais fontes de direito. Referida lei traz as seguintes disposições básicas sobre competência para o licenciamento ambiental:

Art. 7º. São ações administrativas 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);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- 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;
- 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
- 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;

Art. 8º. São ações administrativas dos Estados:

¹⁰² TRF5, 2ª Turma, AI 0012223-86.2012.4.05.0000, Relator Des. Fed. Francisco Barros Dias, DJ 25/01/2013.

¹⁰³ Contendo interessante apanhado jurisprudencial, cf. ARAÚJO, Sarah Carneiro. *Licenciamento ambiental no Brasil: uma análise jurídica e jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 173-216.

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;

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);

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:

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

b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Pela leitura dos textos acima transcritos, nota-se uma mudança extremamente relevante. A lei complementar, a princípio, deixou de prever o critério da extensão do dano como regra geral para fixação da competência, permanecendo apenas hipóteses pontuais lastreadas na localização do empreendimento (critério locacional) e no tipo de atividade desenvolvida (critério material).

No que pese essa substancial alteração, os órgãos ambientais continuam aplicando o parâmetro da extensão do dano direto a fim de determinar a competência para licenciar¹⁰⁴. Em âmbito federal, o IBAMA vem se valendo da Orientação Jurídica Normativa (OJN) 15/2010¹⁰⁵, editada pela Procuradoria-Geral Federal antes mesmo da edição da LCp 140/2011, segundo a qual, a partir de uma leitura constitucional das normas de fixação de competência, todos os demais critérios deveriam ser analisados em conjunto com o da magnitude do impacto ao meio ambiente. Vale destacar o seguinte trecho da OJN:

Embora o CONAMA tenha disciplinado a competência do IBAMA com base na natureza/titularidade do bem envolvido, é necessário que se faça uma interpretação conforme a Constituição, de modo a concluir que a titularidade não dispensa a caracterização do interesse regional ou nacional. Não obstante a localização da atividade já requerer de plano uma maior atenção e rigor na definição da competência, a amplitude do impacto deverá ser sempre sopesada.

O critério da titularidade não pode ser aplicado per si sob pena de virem à tona inúmeros conflitos. Imagine-se a situação em que uma atividade de impacto ambiental local (competência municipal) é realizada em um rio estadual (competência do estado-membro), dentro de uma unidade de conservação de domínio da União (competência do IBAMA).

A adoção desse critério inviabilizaria as atividades da autarquia federal, que teria que licenciar todos os empreendimentos, em toda a zona costeira, mesmo que de impactos meramente locais.

‘ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE BARRACAS DE PRAIA. ORLA MARÍTIMA. SALVADOR. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. COMPETÊNCIA.

¹⁰⁴ Propondo a aplicação da Resolução 237/97 do CONAMA até ulterior regulamentação da LCp 140/11, cf. WALCACER, Fernando Cavalcanti et al. Notas sobre a LC 140/2011. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 70, p. 39, abr. 2013, pp. 7-9.

¹⁰⁵ Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=96663&id_site=1514>. Acesso em: 17 dez. 2013.

1. A competência para a condução do licenciamento ambiental deve ser definida de acordo com o potencial dano do empreendimento e não segundo a propriedade da área em que serão realizadas as construções.
2. As obras de construção ou reforma de barracas na orla marítima de Salvador/BA, ainda que estejam localizadas em terreno de marinha, de propriedade da União, não atraem a competência exclusiva do IBAMA para conduzir o correspondente estudo de impacto ambiental, por não estar configurado impacto ambiental nacional ou regional.
3. Agravo de instrumento a que se dá provimento.
(AG 2007.01.00.000782-5/BA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Rel. Acor. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, DJ p. 64 de 10/09/2007)

Saliente-se que os conflitos entre entes federativos devem ser evitados pela adesão a regras legais e objetivas de divisão de competências. Assim, como nos termos da lei apenas o significativo impacto ambiental regional ou nacional permitirá ao IBAMA atuar como órgão licenciador, a abrangência do impacto é, atualmente, único critério viável, devendo ser aplicado até que o Poder Legislativo edite a lei complementar de que trata o parágrafo único do art. 23 da CR.

Tal orientação normativa é confusa, mistura critérios distintos (localização e dominialidade), mas expõe em nível institucional uma teoria que goza de certo prestígio doutrinário, qual seja, da predominância de interesses¹⁰⁶. Segundo essa tese, a competência licenciatória não seria fixada de forma rígida, mediante simples aplicação subsuntiva dos fatos a hipóteses normativas herméticas. Ao contrário, pesaria a análise do caso concreto e dos interesses jurídicos nele assentados, ora conduzindo à atribuição de um ente federativo, ora de outro.

A ideia em si não é ruim e, no campo do dever-ser, flexibilizaria a utilização do instrumento de maneira a lhe conferir maior nível de eficiência. O problema é que a interpretação de quais interesses seriam predominantes traria alto grau de subjetividade a um campo que, atualmente, demanda a maior objetividade possível, até mesmo como forma de garantir seu controle pelo poder judiciário.

Ressalte-se que o licenciamento propriamente dito traz consigo uma margem de discricionariedade administrativa, ponto que será abordado melhor no capítulo seguinte. Mas a competência para empreendê-lo não. Esta é – como em regra as normas procedimentais o são – tipicamente fechada e vincula o administrador, até mesmo para evitar desvios no manejo do instituto.

Feitas essas observações, tem-se o seguinte panorama: se o empreendimento licenciado estiver localizado em um dos locais previstos no art. 7º, inciso XIV, da LCP 140/2011, bem como se a atividade desenvolvida constar no referido rol, o licenciamento

¹⁰⁶ Defendendo a teoria da predominância de interesse, dentre outros, cf. OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *O licenciamento ambiental*. São Paulo: Iglu, 1998, pp. 67-85; e TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento ambiental*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2013, pp. 37-9.

ambiental caberá ao órgão federal, atualmente o IBAMA. Do contrário, a competência será do Estado em que estiver situado, exceto no caso de impacto local, se o Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONEMA) houver definido tipologias para atuação dos municípios¹⁰⁷.

Assim sendo, à luz da Lei Complementar 140/2011, vê-se que não mais prevalece o critério da extensão do dano como fixador de competência¹⁰⁸, exceto se vier a ser disciplinado por ato do poder executivo a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional. Talvez esse venha a ser o caminho para uma normatização que obste a emergência de tantos conflitos, como os que se vem observando hodiernamente no que se refere ao instrumento aqui em comento.

Por fim, vale uma observação sobre os critérios de modificação de competência decorrentes de circunstâncias do caso concreto. A Resolução CONAMA 237/1997 previa, além da competência ordinária dos órgãos ambientais, as competências subsidiária e supletiva. A primeira tinha lugar quando o órgão originariamente competente solicitava apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, hipótese em que ambos passavam a trabalhar em cooperação.

Quanto à competência supletiva, esta podia exsurgir: (1) da inexistência de órgão ambiental capacitado ou de conselho de meio ambiente no Estado ou Município; e (2) se houvesse omissão na análise do pedido formulado pelo interessado. Nesses casos, caberia ao órgão federal atuar como substituto do estadual e, de maneira similar, ao Estado conduzir o licenciamento que inicialmente seria afeto ao Município.

Essas causas de modificação da competência originária, ao menos por ora¹⁰⁹, não sofreram modificação. Nessa esteira, tanto a competência subsidiária como ambas as

¹⁰⁷ Diversos autores vêm arguindo a inconstitucionalidade do art. 9º, inciso XIV, alínea *a*, da LCp 140/2011, no ponto em que condiciona o licenciamento municipal dos empreendimentos de impacto local ao enquadramento em tipologia definida pelo CONEMA (FARIAS, op. cit., pp. 115-9). A questão não parece simples, notadamente por demandar análise do grau de representatividade dos municípios junto aos conselhos estaduais.

¹⁰⁸ A extinção do critério da extensão do dano é fundamento utilizado na ADI 4.757 para se pleitear a declaração de inconstitucionalidade da LCp 140/11, ao argumento de que isso implicaria limitação material às competências dos entes federativos. De fato, numa brevíssima e superficial análise, parece violar o pacto federativo a atribuição a um determinado Estado-membro do licenciamento de um empreendimento que venha a causar significativo impacto ambiental sobre outro Estado.

¹⁰⁹ A competência supletiva também é expressamente impugnada na ADI 4.757. Vale a leitura de trecho da petição inicial: “O § 3º, do art. 14 e o art. 15 são inconstitucionais, pois constituem hipóteses de transferência e delegação automática do dever de proteção ambiental de um ente federativo para o outro. Enquanto os itens precedentes desta ação (IV.C e IV.D) questionaram a limitação da fiscalização e limitação da competência de licenciamento dos entes federativos, os artigos em epígrafe permitem, diversamente, que algum ente federativo mais cômodo se omita no dever de proteger o meio ambiente (isto é, no dever de exercer a sua competência de licenciar) sob a nova permissão legal de que a demora da atuação do licenciador ou a inexistência de um órgão

hipóteses de instauração de atuação supletiva foram mantidas pela LCp 140/2011, conforme se depreende dos seus arts. 2º, incisos II e III, 14, § 3º, 15 e 16.

Feito esse breve panorama sobre a competência para conduzir o processo de licenciamento ambiental das obras e atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, passa-se a tratar das diversas fases desse.

2.4 Fases do licenciamento

Como já colocado alhures, o licenciamento ambiental corresponde a um processo administrativo tendente a um resultado conclusivo, qual seja, o deferimento ou indeferimento de expedição da licença pleiteada. Assim, por se tratar de um processo, presume-se que há apenas uma decisão final que o encerra.

De fato, esse raciocínio está correto. Mas, no decorrer de sua tramitação, algumas decisões são tão importantes como aquela que lhe dá termo. Mais especificamente, pode-se falar ordinariamente em três fases do licenciamento, cada uma associada a uma das espécies de licença trazidas pelo Decreto 99.274/1990 e pela Resolução 237/1997 do CONAMA.

A primeira fase é aquela que se segue desde o início do processo de licenciamento até a decisão pela expedição ou não da licença prévia. Nessa esteira, ainda que não haja qualquer óbice a que o procedimento parta de impulso oficial, normalmente se inicia mediante requerimento do interessado. Atualmente, há uma forte tendência de informatização desse requerimento, bem como de tudo o que se segue, inclusive para facilitar o esclarecimento sobre os requisitos necessários.

No caso do IBAMA¹¹⁰, com efeito, o processo começa através de cadastramento do pedido no seu *site*, momento em que já se exigem diversas informações e comprovações imprescindíveis para a análise preliminar do feito, sem as quais nem mesmo será possível dar seguimento ao pedido. Por exemplo, sequer se consegue acessar o Sistema Informatizado do Licenciamento Ambiental Federal (SisLic) sem que seja feito, antes, o registro no Cadastro

ambiental tecnicamente competente são causas de transferência automática desse encargo para outro ente federativo.”.

¹¹⁰ Em âmbito federal, o procedimento é detalhado na IN 184 do IBAMA, de 17 de julho de 2008.

Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, conforme exigência do art. 17, inciso II, da Lei 6.938/1981.

Instaurado o processo, o empreendedor deverá enviar ao órgão ambiental uma proposta de Termo de Referência (TR), que corresponde ao documento no qual se especificará os estudos que subsidiarão a tomada de decisão final. A ideia central é que o empreendedor e o licenciador fixem, em conjunto, todos os elementos que serão necessários para o exame da obra ou atividade, reduzindo possíveis exigências que possam ulteriormente surgir.

A partir dessa minuta, o poder público, ou seja, o órgão ambiental competente, com auxílio de outros eventuais interessados¹¹¹, deve elaborar o TR definitivo, em 60 dias corridos da instauração do processo e com prazo de validade de dois anos. Nesse período, caso se trate de empreendimento causador de significativo impacto ambiental, caberá ao empreendedor a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), bem como do correlato Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

O EIA é um estudo eminentemente técnico, realizado por uma equipe multidisciplinar contratada pelo interessado, o qual examina “as prováveis modificações nas diversas características socioeconômicas e biofísicas do meio ambiente que podem resultar de um projeto proposto”¹¹². Já o RIMA é o relatório daí advindo, caracterizado por uma linguagem acessível a todos, inclusive àqueles sem formação específica na área, e que tem por objetivo conferir publicidade e transparência das consequências positivas e negativas da obra ou atividade.

Conforme bem salienta Paulo Affonso Leme Machado, o propósito do EIA/RIMA não é influenciar as decisões administrativas sistematicamente em favor do meio ambiente e em detrimento das vantagens econômicas e sociais do projeto¹¹³. Ao contrário, busca-se conferir ao administrador uma base informacional séria, que lhe possibilite pesar os interesses em jogo

¹¹¹ Não raras vezes, a análise demanda manifestação de outros órgãos, como o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Fundação Cultural Palmares (FCP), Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), dentre outros.

¹¹² R. K. Jain et al. *Environmental impact analysis*. New York: Van Nostrand Reinhold Co., 1977, p. 3, *apud* MILARÉ, op. cit., p. 747.

¹¹³ MACHADO, op. cit., p. 269.

da forma mais esclarecida possível. Cuida-se, assim, de instrumento de definição dos limites da discricionariedade administrativa¹¹⁴.

Exatamente por esse motivo, não parece procedente a crítica formulada por Paulo de Bessa Antunes no sentido de que o momento apropriado para a elaboração do EIA/RIMA seria depois da expedição da licença prévia, oportunidade em que seria possível analisar com mais precisão os impactos causados pela instalação e operação do empreendimento¹¹⁵.

De fato, postergar para a segunda fase do licenciamento a elaboração do EIA/RIMA contribuiria para a fixação de condicionantes de instalação e operação mais bem elaboradas, visto que fulcradas em estudo formulado em momento em que já se contaria com mais dados do empreendimento. Contudo, diminuiria sobremaneira a capacidade do administrador de decidir sobre a viabilidade e localização da obra ou atividade (art. 8º, inciso I, da Resolução 237/97).

Dentre outros autores, Ana Marchesan, Annelise Steigleder e Sílvia Cappelli discordam de Paulo de Bessa Antunes, afirmando que o EIA/RIMA deve ser elaborado ainda antes da expedição da licença prévia¹¹⁶. E o fazem com base em argumento pragmático e, simultaneamente, bastante convincente. Cuida-se de analisar as diretrizes gerais e o conteúdo mínimo do estudo, conforme consta nos arts. 5º e 6º da Resolução 01/86 do CONAMA.

Nessa esteira, ao tratar de alternativas locacionais e do cotejo com a chamada “opção zero”, nota-se o direcionamento do estudo ainda à primeira fase. Isso porque, caso já se tivesse aprovado a viabilidade ambiental do empreendimento e sua localização, sequer se faria necessário esse exame. Encerrando qualquer divergência prática em nível federal, no que pese a importância doutrinária da mesma, o art. 17, § 2º, da IN 184/2008 do IBAMA é expresso em afirmar que o licença prévia somente poderá ser requerida depois dos devidos estudos ambientais, conceito no qual se inclui o EIA¹¹⁷.

¹¹⁴ Cf. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8746>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

¹¹⁵ ANTUNES, op. cit., pp. 208 et seq., dentre outras passagens.

¹¹⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; e CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 119.

¹¹⁷ Art. 17. O empreendedor providenciará o envio do Estudo Ambiental ao Ibama. [...] § 2º. O requerimento da Licença Prévia - LP, deverá ser gerado pelo empreendedor utilizando o Serviços *on line* - Serviços - Licenciamento Ambiental Federal, após a entrega do estudo ambiental.

Em seguida, depois do TR definitivo e eventualmente da produção do EIA/RIMA, compete ao órgão ambiental examinar os documentos e estudos apresentados, ocasião em que provocará os demais órgãos públicos interessados a se manifestarem. Poderá, então, solicitar esclarecimentos e complementações, uma única vez, somente havendo que se falar em reiteração da mesma se os esclarecimentos e complementações não forem satisfatórios.

Essa regra tem por objetivo evitar o atraso do licenciamento, bem como acréscimo no valor despendido pelo requerente, por conta de deficiência na elaboração do TR ou no pedido de explicações. Enfim, não constando a obrigação no termo de referência ou nas primeiras exigências, ocorre em regra a preclusão administrativa¹¹⁸, devendo o processo seguir seu regular trâmite.

Depois disso, ou seja, entregue o EIA/RIMA, prestados os devidos esclarecimentos e requerida a licença prévia, o órgão ambiental providencia a publicação de edital informando sobre os locais onde o RIMA estará disponível para acesso ao público. Passa a fluir, então, um prazo de 45 dias para que seja requerida a realização de audiência pública, nos termos da Resolução 09/1987 do CONAMA.

Com efeito, referido ato tem por objetivo expor aos interessados o conteúdo do projeto sob análise, notadamente de suas consequências sociais, econômicas e ambientais positivas e negativas, bem como dirimir dúvidas e recolher críticas e sugestões. Cuida-se ao mesmo tempo de instrumento de publicidade da atividade administrativa e de participação democrática no processo decisório.

Importante salientar, contudo, que as audiências públicas não devem servir como mero artifício de legitimação de uma decisão pré-concebida. Melhor dito, as manifestações nela colhidas precisam efetivamente ser levadas em consideração na tomada de decisão sobre o empreendimento, sob pena de sepultamento desse importante momento do licenciamento ambiental.

Isso não significa que eventuais impugnações então suscitadas sejam absolutas. Pode haver fundamento para que o órgão licenciador adote uma postura aparentemente contra-majoritária¹¹⁹. Porém, arguida determinada objeção pertinente durante a audiência pública, incumbe ao este acolhê-la ou, fundamentadamente, afastá-la. Não deve simplesmente ignorá-

¹¹⁸ Como todas as regras, essa também está sujeita a exceções determinadas por especificidades do caso concreto. No entanto, para afastá-la, o ônus argumentativo é mais denso e demanda fundamentação robusta e coerente.

¹¹⁹ Utiliza-se o termo “aparentemente” pois a maioria presente na audiência pública pode não representar a efetiva maioria da população afetada.

la, ao risco de limitar o instrumento a sua primeira função (publicidade) e negar a segunda (participação).

Em âmbito federal, nos termos da Resolução 09/1987 do CONAMA, a audiência pública pode ser realizada de ofício ou mediante requerimento de entidade civil, do Ministério Público ou de 50 ou mais cidadãos. Essa é a regra geral e consubstancia o mínimo que os demais entes da federação devem obedecer, ou seja, requerida a realização da audiência por esse grupo de legitimados, a mesma se torna obrigatória. Do contrário, sua efetivação é facultativa.

O Estado de São Paulo, por exemplo, foge a essa regra geral. Isso porque o art. 192, § 2º, de sua Constituição determina expressamente que, naquela unidade federativa, a realização de audiência pública no processo de licenciamento de empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente é obrigatória¹²⁰. Nota-se, então, que nesse Estado não há margem de atuação do órgão ambiental, sendo este vinculado à previsão firme na Constituição estadual.

No mesmo diapasão, o Estado do Rio de Janeiro também instituiu a obrigatoriedade de audiência pública para todas as obras e atividades para as quais a legislação exija elaboração de EIA/RIMA. Cuida-se de salutar inovação introduzida pela Resolução 25/2011 do CONEMA fluminense, com declarado objetivo de incremento de publicidade e participação popular no processo decisório, como consta em seu art. 2º.

Assim, realizada ou não a audiência pública, estando o processo devidamente instruído, o corpo técnico emite parecer opinando pelo deferimento ou não da licença prévia e remete à decisão da autoridade competente. Na esfera federal, trata-se do Presidente do IBAMA, a quem incumbe decidir em primeira instância sobre o pleito do empreendedor, cabendo recurso administrativo para o Ministro do Meio Ambiente, à luz do art. 20, inciso II, do Decreto 99.274/1990.

O indeferimento definitivo põe termo ao processo de licenciamento. O deferimento, por sua vez, encerra a primeira fase e culmina na expedição da licença prévia, que atesta a viabilidade ambiental do empreendimento, aprova sua localização e impõe condicionantes a serem observadas na etapa seguinte.

A fase subsequente diz respeito à instalação do empreendimento, na qual não mais se avalia o cabimento ou não deste, exame próprio da primeira etapa, mas sim a melhor forma de

¹²⁰ FINK, Daniel Roberto. Audiência pública em matéria ambiental no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 695, p. 264, set. 1993, p. 3.

execução do projeto. Com efeito, nesse momento, as premissas gerais são aquelas fixadas no EIA/RIMA, mas as especificidades devem ser detalhadas de maneira a viabilizar a implantação com o menor impacto ambiental possível.

Para tanto, o empreendedor deve apresentar o Projeto Básico Ambiental (PBA), Plano de Compensação Ambiental (PCA) e, quando couber, o Projeto de Recuperação da Área Degradada (PRAD) e Inventário Florestal para emissão de autorização para supressão de vegetação. A partir desses documentos, o órgão ambiental poderá solicitar esclarecimentos e complementação, bem como realizar vistoria técnica para subsidiar sua atuação.

A IN 184 do IBAMA é omissa sobre a possibilidade do órgão ambiental requerer esses esclarecimentos e complementações mais de uma vez, ao contrário da expressa negativa determinada na primeira fase do licenciamento. Parece, entretanto, que a motivação dessa limitação permanece presente, qual seja, obstar a procrastinação do processo pela burocracia estatal. Assim, novamente aqui, cabe ao órgão ambiental suscitar pendência uma única vez, salvo excepcionalidade do caso concreto devidamente justificada.

Prestados os devidos esclarecimentos, o corpo técnico emite novo parecer e remete os autos à autoridade competente para expedição da licença de instalação, cuja emissão fica condicionada ao cumprimento das condicionantes apostas na LP. Nesse momento, se o empreendedor cumpriu todas as condicionantes da LP, apresentou todos os documentos acima elencados utilizando a melhor técnica existente, prestou os devidos esclarecimentos, enfim, preencheu todos os requisitos para expedição da LI, terá direito subjetivo a tanto¹²¹.

Finalmente, a terceira e última fase do licenciamento ambiental tem por objetivo a emissão de licença de operação. À semelhança das anteriores, nesta também cabe ao empreendedor a elaboração de documentos técnicos, quais sejam, o Relatório Final de Implantação dos Programas Ambientais e o Relatório Final das Atividades de Supressão de Vegetação, quando couber.

O órgão ambiental, à luz do que se permitia nas fases anteriores, poderá requerer esclarecimentos e complementação uma única vez e realizar, se for o caso, vistoria técnica. Em seguida, subsidiado por novo parecer do corpo técnico, a autoridade competente deve decidir pela expedição ou não da LO, desde que cumpridas as condicionantes da LI. A expedição da LO põe fim ao processo de licenciamento ambiental do empreendimento, ainda

¹²¹ Diz-se isso pois, conforme se verá abaixo, as licenças de instalação e operação tendem a ser um ato mais vinculado do que a licença prévia. De qualquer maneira, essa regra geral e abstrata pode ceder a circunstâncias do caso concreto. O ponto será retomado ainda neste trabalho.

que caiba ao órgão licenciador fiscalizar o efetivo cumprimento das condicionantes então apostas, bem como atentar para alguma causa de revisibilidade.

Em linhas bastante gerais, este é o procedimento ordinário federal do licenciamento ambiental. Vale salientar, porém, que cada ente federativo tem atribuição para modificá-lo, desde que seguidas as diretrizes básicas fixadas pela legislação de âmbito nacional, resultando em especificidades das mais diversas. Ademais, mesmo em âmbito federal, algumas obras e atividades mereceram normatização especial, como os empreendimentos de petróleo *off shore*, expressamente excepcionados pelo art. 52 da instrução normativa em comento.

Há também alguns casos em que duas ou até mesmo as três fases do licenciamento poderão ser concentradas em uma única. No que pese a IN 184 do IBAMA prever a dispensa da primeira etapa, nos empreendimentos de impacto pouco significativo e quando não couber análise locacional, não se trata propriamente de dispensa, mas sim de junção dessa fase com a subsequente. Assim, no momento da expedição da LI é que o órgão ambiental atestaria a viabilidade ambiental do empreendimento.

O Estado do Rio de Janeiro avançou bastante nessa regulamentação, ao prever no Decreto 42.159/2009 a Licença Prévia e de Instalação (LPI) e a Licença de Instalação e Operação (LIO), nas hipóteses em que especifica¹²². De fato, há situações em que não se justifica a cisão procedimental do licenciamento, nas quais isso somente acarretaria acréscimo burocrático, sem qualquer benefício para o meio ambiente.

Feita essa explanação sobre o procedimento licenciatório ordinário, cumpre examinar a natureza jurídica das licenças ambientais expedidas.

2.5 Licenças ambientais e sua natureza jurídica

2.5.1 Exposição do problema

Conforme acima exposto, as licenças ambientais correspondem a um ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor. Além disso,

¹²² Analisando superficialmente a questão, não parece haver excesso de regulamentação legal na tipificação por decreto dessas licenças unificadas. As LPI e LIO são decorrência lógica do próprio conceito de cada uma das três espécies acima referidas. O Decreto 42.159/2009 do Estado do RJ apenas especifica algumas situações em que a tripartição do licenciamento seria impossível ou, ao menos, não traria nenhum benefício prático.

elas atestam a concordância do poder público no que tange à obra ou atividade potencial ou efetivamente poluidora. Vale lembrar, também, que o procedimento ordinário do licenciamento ambiental é dividido em três etapas, cada qual ligada a uma licença específica: prévia, de instalação e de operação.

Nessa esteira, a licença prévia demonstra que o órgão ambiental concordou com a viabilidade do projeto apresentado, com sua localização e discrimina os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases. Já a licença de instalação permite ao empreendedor instalar o empreendimento, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes. Por último, a licença de operação autoriza o início das atividades, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores.

Se, por um lado, o conceito das licenças ambientais não gera grandes controvérsias, por outro, sua natureza jurídica é tema bastante debatido na doutrina e jurisprudência, revelando importantes consequências práticas, inclusive para o exame do tema principal desta dissertação, qual seja, sua revisibilidade.

Desde já, alerte-se que o simples argumento de que o legislador utilizou propositadamente o termo “licença” para assim definir sua natureza jurídica não parece ser suficiente para a análise que se pretende. Isso porque, não raras vezes, a terminologia constante nos textos normativos é inadequada e, corriqueiramente, sofre interpretação corretiva. O próprio Decreto-lei fluminense 134/1975 e a Lei paulista 997/1976, que originaram o atual sistema de licenciamento, tratavam o ato administrativo com o autorização, fato histórico que, conjugado com a atual nomenclatura, demonstra a impropriedade de definir a natureza jurídica do instituto simplesmente por seu *nomen iuris*.

Existem fundamentalmente três principais teorias acerca da natureza jurídica das licenças ambientais. A primeira delas afirma se tratar de uma espécie de licença administrativa propriamente dita, com todas as características daí advindas. Nas palavras do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, licença é o ato administrativo vinculado e definitivo por meio do qual o poder público, ao verificar se as exigências legais estão sendo cumpridas, faculta ao particular o desempenho de uma determinada atividade¹²³.

¹²³ MEIRELLES, op. cit., pp. 170-1.

Diversos autores defendem essa tese, dentre os quais vale destacar Rodrigo Bernardes Braga¹²⁴ e Antônio Inagê de Assis Oliveira¹²⁵. Referidos teóricos não deixam de reconhecer contornos próprios às licenças ambientais, visto que elas também se orientam pelos princípios basilares da seara. Apenas admitem que as características fundamentais do instituto são similares àquelas já conhecidas do direito administrativo.

A segunda teoria afirma que as licenças ambientais, apesar do nome atribuído pelo legislador, consubstanciam típicas autorizações administrativas, que segundo Hely Lopes Meirelles são definidas como o ato administrativo discricionário e precário concedido pelo poder público que viabiliza o exercício de determinadas atividades de interesse público¹²⁶.

Diogo de Figueiredo, com bastante eloquência, diferencia no direito administrativo as licenças das autorizações:

No caso da licença, há um direito preexistente, embora não exequível, à atividade ou ao uso do bem. O consentimento administrativo se vincula à constatação de que as limitações opostas foram removidas, ou seja, a *conditio juris* para seu exercício, satisfeita. É inexato, portanto, afirmar-se que a licença gere direitos; ela apenas os declara exequíveis. Já, distintamente, no caso da autorização, não há qualquer direito preexistente à atividade privada ou ao uso do bem particular. A atividade pretendida pelo particular é, em princípio, vedada, existindo meras expectativas de exceção a serem consideradas administrativamente em cada caso concreto.¹²⁷

Defendem essa tese, segundo a qual as licenças ambientais corresponderiam a verdadeiras autorizações administrativas, dentre outros, Curt e Terence Trennepohl¹²⁸ e Paulo Affonso Leme Machado¹²⁹. Esse último anota com bastante propriedade o uso reiteradamente equivocado dos termos pelo legislador, apontando a imprescindibilidade de interpretação corretiva da terminologia legal.

Outros, como José Afonso da Silva¹³⁰ e Paulo de Bessa Antunes¹³¹, sem entrar em detalhes, afirmam que, no direito ambiental, ora estar-se-á diante de licença, ora de

¹²⁴ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 35, p. 83, jul. 2004, p. 5.

¹²⁵ OLIVEIRA, op. cit., nota 92, p. 308-9.

¹²⁶ MEIRELLES, op. cit., pp. 170-1.

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 399.

¹²⁸ TRENNEPOHL, op. cit., p. 35.

¹²⁹ MACHADO, op. cit., pp. 322-3.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 280-7.

autorização. De fato, os órgãos ambientais proferem diversos atos de conteúdo distinto, que podem se assemelhar a uma ou outra classificação. Aqui, busca-se examinar a natureza jurídica das licenças ambientais expedidas no processo de licenciamento ordinário prévio de obras e atividades causadoras de significativo impacto ambiental, motivo pelo qual impõe maior grau de detalhamento.

Finalmente, a terceira grande teoria, que conta com adeptos como Édis Milaré¹³² e Talden Farias¹³³, afirma se cuidar de instituto de natureza *sui generis*, ou seja, dotado de características próprias distintas das licenças e autorizações tipicamente administrativas. E, exatamente em razão dessas peculiaridades, não se enquadraria em quaisquer das classificações existentes.

Nota-se, então, que há uma importante discussão em torno da natureza jurídica das licenças ambientais. Essa discordância não é simplesmente acadêmica. Em verdade, as consequências advindas da adoção de cada uma das teorias são bastante relevantes, em especial para o estudo aqui empreendido. Por esse motivo, não se pode furtar de analisar a questão com maior profundidade.

Quando se fala em natureza jurídica, quer-se enquadrar o instituto em uma determinada categoria previamente estudada, cujas características são iguais ou ao menos similares a outros emoldurados nesse mesmo grupo. Especificamente no que tange às licenças e autorizações administrativas, essas características já foram esmiuçadas pelos administrativistas. Vale descrever algumas delas.

Em primeiro lugar, verifica-se distinção na forma de convencimento da administração. Costuma-se associar à licença administrativa a vinculação do administrador a requisitos normativos previamente estabelecidos. Do contrário, a autorização pressupõe a existência de certa margem de atuação, ou seja, de discricionariedade na tomada de decisão.

Uma segunda característica que determina a diferenciação entre os institutos diz respeito a seus efeitos. Isso porque a licença administrativa apenas declara um direito pré-existente, mas que, como bem salientou Diogo de Figueiredo no trecho acima transcrito, ainda não era exequível. Por seu turno, a autorização constitui – e não apenas declara – o direito de exercer a atividade pretendida pelo particular.

¹³¹ ANTUNES, op. cit., p. 194.

¹³² MILARÉ, op. cit., pp. 782-5.

¹³³ FARIAS, op. cit., pp. 158-69.

Ademais, cumpre lembrar que, para os administrativistas, as licenças e autorizações distinguem-se por seu grau de estabilidade. Com efeito, aquelas são estáveis, ao passo em que essas são precárias, ou seja, não garantem de maneira absoluta a continuidade do consentimento estatal anteriormente obtido. Esse adjetivo está diretamente relacionado com o próximo, ou seja, com a duração de cada um dos atos.

A quarta característica, então, tem fulcro na duração dos respectivos alvarás, ou seja, do instrumento que materializa a licença ou autorização. Assim, exatamente em razão da estabilidade da licença, esta vem associada a um prazo determinado de vigência. Já a autorização, por sua precariedade típica, em regra não conta com prazo específico, relegando-se à discricionariedade da administração sua retirada a qualquer tempo.

Outra distinção se refere à sindicabilidade do ato pelo poder judiciário. Como as licenças são atos vinculados, normalmente se admite a intervenção judicial em caso de indeferimento. Já nas autorizações, atos discricionários por excelência, seu mérito não se submete ao controle jurisdicional, exceto se houver algum tipo de arbitrariedade, ou seja, se existir excesso da administração quanto ao juízo de conveniência e oportunidade.

Por fim, uma característica de extrema importância é a revogabilidade dos atos, ou seja, a viabilidade de sua retirada imediata em função de interesse da administração. Diz-se que a licença somente pode ser revista por algum vício de validade, mas não revogada. Já a autorização pode, a qualquer tempo, ser discricionariamente retirada do seu titular.

Enfim, para a doutrina administrativista, essas propriedades distinguem as licenças das autorizações. E mais, associar algum instituto a esse grupo, ou seja, atribuir-lhe essa ou aquela natureza jurídica, serve de atalho para afirmar-lhe todas essas peculiaridades. Daí a basilar importância de definir a natureza jurídica das licenças ambientais, visando a compreender suas especificidades dentro do ordenamento jurídico.

Essas diferenciações já estão muito bem assentadas na doutrina e jurisprudência. Mas é importante ter consciência que a atribuição de determinada natureza jurídica a um instituto e, então, a apreensão das demais características inerentes, é um processo dialético, não estático. De forma bastante intuitiva, reconhece-se, por exemplo, que o consentimento estatal para que um particular dirija veículo automotor tem natureza jurídica de licença administrativa e, portanto, é sindicável pelo poder judiciário.

Ou seja, a partir de algumas características do ato administrativo – vinculação, pré-existência do direito, estabilidade, prazo de vigência determinado e irrevogabilidade – compreende-se que se trata de licença e, assim, dessa definição depreende-se outro adjetivo, a possibilidade de intervenção judicial. Esse caso hipotético é bastante simples e foi colocado

apenas didaticamente para suscitar o problema da tautologia e a dificuldade quando o instituto conta com predicados mistos, ora de licença, ora de autorização.

Tautologia é o vício de linguagem através do qual o argumento se encerra em si mesmo, numa lógica falaciosa sempre verdadeira. Em regra, as premissas são iguais, mas escritas de forma diferente¹³⁴. A pecha argumentativa não raras vezes é empregada para definição da natureza jurídica dos institutos, algo como “A licença ambiental tem natureza jurídica de licença porque é irrevogável. Logo, por se tratar de licença, não pode ser revogada”.

Na hipótese citada acima, não há grandes dúvidas. A anuência para dirigir é típica licença administrativa, com todos os atributos a ela inerentes. O problema surge quando determinado instituto conta com características mistas, por vezes parecendo se cuidar de licença, outras de autorização. Nessas situações, a argumentação redundante pode ser efetivamente dirigida para a conclusão que o sujeito pretende chegar, ou seja, viabiliza a manipulação.

Veja-se a hipótese de autorização de uso de bem público. Conforme salienta José dos Santos Carvalho Filho,

[...] a autorização não deve ser conferida com prazo certo. O comum é que o seja até que a Administração decida revogá-la. Entretanto, consideram os autores que, fixado prazo para o uso, a Administração terá instituído autolimitação e deverá obedecer à fixação, razão por que o desfazimento antes do prazo atribui o dever indenizatório à pessoa revogadora pelos prejuízos causados, os quais, no entanto, devem ser comprovados.¹³⁵

Então, mesmo as típicas autorizações administrativas, como a de uso de bem público, uma vez mudada alguma de suas características, passam a gozar de contornos próprios. No caso, a fixação de prazo certo diminui também a margem discricionária de revogabilidade do ato, passando a ganhar feições mais próximas de licença do que da autorização propriamente dita. Parece ser exatamente o que acontece com as licenças ambientais.

De fato, a grande dificuldade de se atribuir a natureza jurídica desse instrumento é o reconhecimento de que alguns de seus atributos são próprios de uma determinada classe, ao passo em que outros não o são. Daí porque vem ganhando força a corrente doutrinária acima referida, segundo a qual as licenças ambientais corresponderiam a um instituto *sui generis*, dotado de peculiaridades únicas.

¹³⁴ Na frase “Tudo o que é demais sobra”, as expressões “é demais” e “sobra” são sinônimos. É, de uma maneira diferente, tautologicamente, afirmar que “Tudo o que sobra sobra”.

¹³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1157.

Com efeito, a questão é aparentemente insolúvel, a não ser que se eleja um desses adjetivos como determinante sobre os outros. Somente assim viabilizar-se-ia, frente a uma situação com características mistas, definir a natureza jurídica do instrumento. Nesse sentido, parece mais adequado que esse elemento seja, então, a forma de atuação da administração, melhor dito, se ela é vinculada a requisitos pré-determinados e examináveis objetivamente ou se existe margem de atuação discricionária.

E assim se dá porque esse predicado tem mais influência sobre os outros do que o contrário. Também a doutrina parece caminhar nesse sentido, ao geralmente iniciar a definição e diferenciação das licenças e autorizações referindo-se a tal propriedade. As citações de Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo acima transcritas demonstram essa tendência.

Assim, passa-se a tratar como licença todos aqueles atos praticados com menor margem de atuação da administração. Ou seja, os atos tendencialmente vinculados. Denomina-se autorização aqueles em que se exerce um juízo de valor sobre a pertinência e o momento apropriado de se lhes implementar. Em outras palavras, os atos discricionários. Em ambos os casos, para a definição da natureza jurídica do instituto, as demais características acima elencadas serão desconsideradas, ou melhor, cuidadas como consequência dessa classificação.

2.5.2 Vinculação e discricionariedade

Como referido no item anterior, há três principais teses que definem a natureza jurídica das licenças ambientais: aquela que afirma se tratarem de licenças administrativas propriamente ditas; a que preceitua se cuidarem, apesar no *nomen iuris*, de típicas autorizações; e, por fim, aquela que identifica que são um instrumento único, sem similar, ou seja, de um ato *sui generis*.

Essa divergência se dá ante o reconhecimento de determinadas características normalmente associadas às licenças e outras às autorizações. Assim, a depender do predicado escolhido, tender-se-ia para uma ou outra classificação. Propôs-se, então, que a definição da natureza jurídica das licenças ambientais tomasse por base a margem de atuação da administração. Assim, se o ato fosse vinculado, cuidar-se-ia de licença. Se discricionário, de autorização. Portanto, o próximo passo é compreender se as licenças ambientais são atos vinculados ou discricionários e, para tanto, impõe investigar o próprio conceito de discricionariedade.

Segundo esclarece Andreas Krell, no antigo “Estado de Polícia” europeu, nos séculos XVI a XVIII, a discricionariedade era considerada genuína expressão soberana do monarca absoluto, ou seja, era fundamento de seu poder irrestrito¹³⁶. Com o advento da Revolução Francesa, os direitos individuais dos cidadãos entraram em pauta contra as intervenções e coações das autoridades públicas. Como consequência, aumentou-se a produção legislativa dos novos parlamentos europeus e norte-americanos.

Pouco a pouco, foram sendo retiradas prerrogativas do poder executivo, notadamente no que tange à produção normativa. A vontade do monarca foi sendo substituída pela vontade geral do povo, representado pelos parlamentares. Marca dessa época a distinção entre Governo – atividade política livre – e Administração. O grande desafio, então, era conciliar no recente Estado de Direito a tradicional liberdade decisória do executivo e a observância do cada vez mais fortalecido princípio da legalidade.

Na medida do possível, pretendia-se eliminar qualquer resquício de arbitrariedade mediante previsão legal – prévia e impessoal – de como o Estado deveria agir nas diversas situações que lhe eram colocadas. No entanto, como já alertava John Locke no século XVII, “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público”¹³⁷.

A dinâmica cada vez mais acentuada do mundo moderno demonstrou a impossibilidade de se conferir tratamento legal para toda a atividade estatal. Com efeito, a morosidade inerente à atividade legislativa, que depende de ampla discussão e amadurecimento das ideias, não é compatível com a celeridade com que certos problemas se colocam. Mesmo a teoria positivista de Kelsen já pressupunha, em cada um dos níveis de sua pirâmide, uma margem de livre (mas não irrestrita) atuação administrativa¹³⁸.

Essa é a origem imediata da contraposição entre vinculação e discricionariedade que, passados séculos, ainda é objeto de controvérsia não só no que tange à ciência jurídica, mas também com relação a todas as outras que, de uma forma ou de outra, se propõem a estudar o Estado de Direito e o correlato exercício de poder característico de sua organização.

¹³⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13.

¹³⁷ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo* (1698). Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 529.

¹³⁸ Sobre o ponto, cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 163-5.

Celso Antônio Bandeira de Mello, certamente um dos maiores autores brasileiros sobre o tema, diz que

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.¹³⁹

Essa rígida divisão entre atos vinculados e discricionários é majoritariamente aceita no Brasil, constando em qualquer manual básico de direito administrativo. A jurisprudência também não suscita grandes controvérsias. Daí porque se referiu acima ao afã de determinar a natureza jurídica das licenças ambientais, ou seja, exatamente para se identificar a margem de apreciação administrativa e as consequências advindas (sindicabilidade judicial, revogabilidade etc.).

No entanto, Andreas Krell, com espeque em avançada doutrina germânica, coloca em xeque esse dicotomia inflexível¹⁴⁰. Para o autor, vinculação e discricionariedade são extremos inalcançáveis, dois pontos hipotéticos que determinam os limites de uma linha de gradação (quantitativa, não qualitativa) dos atos concretos, alguns mais vinculados, outros mais discricionários.

Nessa esteira, os atos seriam graduados de acordo com a determinação linguística dos conceitos jurídicos utilizados nas normas vigentes e aplicáveis à hipótese. Quanto menos subjetivismo a norma viabilizar, maior será o grau de vinculação do administrador, ao passo que expressões que admitam diversas interpretações conduziriam a uma mais acentuada discricionariedade administrativa.

Assim, há conceitos que são objetivamente compreendidos, tais como a idade das pessoas, distância entre prédios e tamanho de imóveis. Esses, no máximo, dependerão de simples verificação aritmética, não passível de gerar interpretação divergente, salvo erro do sujeito. Esses, porém, ainda que bastante presentes no ordenamento jurídico, não são os únicos.

Muito mais comuns são os conceitos legais que possuem natureza empírica e descritiva, ou seja, aqueles determináveis a partir da observação de objetos cotidianos. Eles

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 9.

¹⁴⁰ KRELL, op. cit., p. 19 et seq.

são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos, ou seja, são dotados de forte imperativo linguístico, revelado com base no senso comum ou, eventualmente, em conhecimento científico. Novamente, o papel do intérprete é mais de revelador da norma, e menos de produtor interpretativo da mesma.

Parece que nesse grau de (in)determinação se enquadraria, em parte, a chamada discricionariedade técnica. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, a expressão “discricionariedade técnica” foi utilizada pela primeira vez em 1864 por Bernatzik, um dos autores da Escola de Viena, pretendendo englobar todas aquelas decisões que, não sendo discricionárias, deveriam ser retiradas do controle jurisdicional, ante sua complexidade técnica¹⁴¹.

Essa ideia, que na Áustria e Alemanha tinha por objetivo limitar a intervenção judicial sobre a atividade administrativa, na Espanha subsidiou outra teoria. A partir da noção de discricionariedade técnica, García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández passaram a defender que os conceitos jurídicos indeterminados seriam sempre determináveis a partir das informações do caso concreto¹⁴². E mais, essa complementação interpretativa resultaria em uma – e apenas uma – conclusão ótima.

Assim, considerando que os conceitos jurídicos indeterminados seriam determináveis, possibilitar-se-ia uma ampla atuação jurisdicional, cabendo ao poder judiciário analisar se a atuação do administrador está de acordo ou não com a lei. Dessa forma, termos como “preço justo”, “doença grave” e “impacto ambiental” não confeririam discricionariedade aos órgãos executivos, mas apenas lhe incumbiriam o ônus de revelar a melhor interpretação possível, dentre diversas alternativas.

Di Pietro lembra, ainda, da *teoria do erro manifesto* criada pelo Conselho de Estado da França¹⁴³. Adotando uma postura bem mais compreensiva que dos autores espanhóis, o órgão francês definiu que na apreciação dos fatos, se há um caráter técnico, existe margem de discricionariedade para a atuação administrativa, que não pode ser sindicada pelo judiciário, salvo hipóteses em que se constata facilmente a ocorrência de erro, ou seja, quando há um erro manifesto.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. In: FIGUEIREDO, Marcelo. PONTES, Valmir. (org.). *Estudos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 1, p. 480-504.

¹⁴² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991, p. 393.

¹⁴³ DI PIETRO, op. cit., p. 489.

No Brasil, a discricionariedade técnica ainda não é uma expressão uniformemente definida, ora mantendo uma tendência similar aquela defendida pelos autores espanhóis, ou seja, propensa a determinar o caráter vinculado do ato, ora conduzindo a uma discricionariedade limitada pela constatação de erros manifestos. De qualquer forma, já não mais se defende – nem mesmo nos países de origem – que se trata de campo de liberdade irrestrita do administrador.

Por fim, além dos conceitos objetivamente compreendidos e daqueles que possuem natureza empírica e descritiva, há também as normas valorativas, ou seja, aquelas tipicamente abertas, cujo significado depende obrigatoriamente de complementação subjetiva a partir de valores próprios ao intérprete. Esse é o campo adequado da discricionariedade administrativa e aquele que traz maior gama de problemas, desde a possibilidade de intervenção judicial até a liberdade do administrador de rever seus atos.

Isso porque tais conceitos não apenas são indeterminados, mas o método a partir do qual a norma se produz é distinto daqueles anteriormente vistos. Não mais se fala em complementação do texto por mera percepção empírica ou técnica. Há necessidade de valoração dos mesmos, tomando por base fundamentos subjetivos que, em regra, não são unanimemente intuitivos.

Assim, a norma aplicável ao caso concreto se cria a partir do cotejo do texto legal, que contém expressões conceitualmente abertas, e os valores inerentes ao intérprete/executor do comando. E, nesse processo, expressões como “bem comum”, “boa fé”, “probidade”, “função social” e “pobreza” abrem ao administrador diversas condutas possíveis, todas igualmente razoáveis, cabendo-lhe optar por uma delas.

Nesse campo tipicamente discricionário, deve-se reconhecer legítima a decisão, ainda que não seja a preferida do juiz, do membro do Ministério Público ou de qualquer cidadão, por um simples motivo: até que se demonstre o contrário, o administrador é o representante do povo, eleito democraticamente, ou exerce atividade delegada por este. Assim, dentre as distintas opções discricionárias razoáveis, aquela emanada do órgão executivo deve prevalecer.

Mas, desde logo, há que se deixar consignado uma exceção: essa decisão administrativa, ainda que razoável, deixa de ser legítima a partir do momento em que se constata indubitavelmente que é dissociada da vontade popular. Nesse caso, deve-se resguardar a vontade do povo, que afinal é o detentor do poder soberano, em detrimento daquela manifestada por seu representante.

Não obstante essa teoria dos conceitos jurídicos indeterminados explicar, de maneira bastante satisfatória, a ideia dos graus de vinculação e discricionariedade defendida por Andreas Krell, a doutrina brasileira não tem tantos adeptos dela como da clássica noção estática e dicotômica dos atos vinculados e discricionários. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, sem negar que os conceitos indeterminados conferem certo espaço de liberdade ao executor do ato administrativo, opta porém por separar essa teoria daquela que entende própria da discricionariedade:

Deveras, a apreensão do significado dos conceitos imprecisos é, sem dúvida, um ato de inteligência e ao Judiciário assiste praticá-lo para interpretar a lei. As decisões de mérito são, indubitavelmente, atos volitivos, decididos segundo critérios de conveniência e oportunidade, que traduzem opção por um dentre dois ou mais comportamentos comportados pela norma a ser aplicada.¹⁴⁴

Referido autor subdivide essa atividade do administrador em *intelectiva* e *volitiva*, a primeira indicada a criar o significado dos conceitos jurídicos indeterminados e a segunda típica do juízo de conveniência e oportunidade que se entende como o mérito da discricionariedade. De qualquer forma, ainda que negue a relação direta entre interpretação e atuação discricionária, reconhece que em ambos os casos há margem de decisão a cargo do administrador.

Já o ex-Ministro Eros Grau, enquanto membro do Supremo Tribunal Federal, era um árduo defensor da absoluta separação entre interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, com se percebe do seguinte excerto de seu voto:

De mais a mais, como tenho observado, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída, pela norma jurídica válida, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.¹⁴⁵

No que pese tal divergência, parece que a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é bastante razoável para explicar os distintos graus de liberdade de atuação, ora pendendo para a vinculação, outra para a discricionariedade, a depender da densidade

¹⁴⁴ MELLO, op. cit., nota 139, pp. 24-5.

¹⁴⁵ STF, 2ª Turma, RMS 24.699, Relator Min. Eros Grau, DJ 01/07/2005.

linguística das expressões normativas atinentes ao caso concreto¹⁴⁶. Resta verificar como essa teoria pode se aplicar à definição da natureza jurídica das licenças ambientais.

2.5.3 Proposta de definição da natureza jurídica

Ante o exposto, busca-se fixar a natureza jurídica das licenças ambientais através da tendência à vinculação ou discricionariedade na formação do ato. Com efeito, à luz da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, pode-se afirmar que não existem atos inteiramente vinculados ou discricionários, mas sim graduados numa escala cinzenta infinita entre esses dois extremos¹⁴⁷. Resta, então, definir aproximadamente em que grau estão as licenças ambientais ordinárias.

A licença prévia, conforme já esposado, consubstancia três principais manifestações: (i) atesta a viabilidade ambiental do empreendimento; (ii) aprova sua localização; e (iii) fixa as primeiras condicionantes a serem cumpridas pelo interessado. Cuida-se de uma das etapas mais importantes de todo o processo de licenciamento ambiental que, contudo, parece ser negligenciada na prática cotidiana.

Essa crítica é compartilhada por Geraldo Mario Rohde que, para fundamentá-la, propôs-se a um exame comparativo de dois casos concretos, a construção da usina termelétrica “Uruguaiana” (600 MW), no município gaúcho homônimo, e da também usina termelétrica “São Paulo I e II” (900 MW), no bairro de Santo Amaro, São Paulo/SP¹⁴⁸. A principal diferença entre os empreendimentos foi que o edital de licitação do primeiro já continha sua localização, não obstante exigir do vencedor a obtenção de licença prévia. No caso paulista, a própria Eletropaulo se responsabilizou por obter a LP junto ao órgão ambiental, repassando aos licitantes as condições e exigências daí advindas.

A situação gaúcha é, de fato, inusitada. A empresa vencedora poderia se ver num paradoxo kafkiano se o órgão ambiental não aprovasse a localização do empreendimento. De uma forma ou de outra, o edital do certame seria desrespeitado, seja pela modificação do local

¹⁴⁶ No mesmo sentido, adotando a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a ideia de graus de vinculação tendentes ou não à discricionariedade, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp.160-4.

¹⁴⁷ Especificamente no que tange às licenças ambientais, defendendo a inexistência de atos inteiramente vinculados ou discricionários, cf. D’OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O novo sistema de licenciamento ambiental (SLAM) do Estado do Rio de Janeiro*. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antônio Augusto (orgs.). *Tópicos de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 339-41.

¹⁴⁸ ROHDE, Geraldo Mario. Licença prévia - LP e prática de licenciamento ambiental no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, p. 213, abr. 2000, pp. 3-6.

ou pela não obtenção da LP. A crítica do autor decorre exatamente dessa situação ser meramente hipotética, pois, na prática, a licença não seria negada. Como, aliás, não o foi.

Nesse mesmo artigo, além da crítica à subutilização da LP, o autor propõe interessante diferenciação da natureza jurídica dessa primeira licença – que entende se tratar de licença propriamente dita – e das licenças de instalação e operação – afirmando se cuidarem de típicas autorizações administrativas. Cuida-se de alternativa, comungada também por Adreas Krell¹⁴⁹, às três principais teorias acima referidas, que entendem as licenças ambientais como licença, autorização ou ato *sui generis*, mas sempre de forma única para as três espécies. Propõe-se, a seguir, exatamente o contrário: a LP tende a ter natureza da autorização e a LI e LO de licença.

Isso porque, no que tange à viabilidade ambiental e localização do empreendimento, a análise demanda ponderação de diversos fatores (conceitos) indeterminados, como o ganho socioeconômico, o impacto ambiental decorrente, os prazos envolvidos, enfim, diversas variáveis, não raro contrapostas umas às outras, cujo exame se mostra amiúde conflituoso e difícil. Não por outro motivo, é nesse momento que o EIA/RIMA se destaca simultaneamente como instrumento de legitimação e limitação da atividade administrativa.

A determinação desses dois fatores (conceitos), viabilidade e localização, por vezes se ajustará à ideia de discricionariedade técnica, ou seja, dependerá tão-somente de revelação empírica e descritiva. Imagine-se, por exemplo, que o EIA/RIMA traga três alternativas locais, sendo que uma delas conduz a um maior ganho socioeconômico e menor impacto ambiental. Tecnicamente demonstrada essa premissa, a conclusão por essa localização seria medida imperativa.

Uma vez determinado esse conceito, através do exercício da discricionariedade técnica, não haveria espaço para outra decisão. Nessa esteira, as variáveis envolvidas não se submetem necessariamente a um *jogo de soma zero*, no qual o acréscimo de uma resulta essencialmente no decréscimo da outra. É possível que uma determinada alternativa locacional determine ganho em relação a todos os fatores (soma positiva). E, nesse caso, ao órgão ambiental cabe necessariamente zelar para que o resultado seja positivo.

Parece, porém, que essa situação não é a mais comum, nem a mais conflituosa. O problema surge quando a ponderação dessas diversas variáveis envolve o beneficiamento de uma ou algumas em detrimento de outras. Aí, não mais estar-se-á diante de uma revelação

¹⁴⁹ KRELL, op. cit., nota 136, p. 168.

empírico-descritiva do conceito indeterminado, mas sim frente a uma produção de seu significado pela valoração dos distintos fatores envolvidos.

Esse é o âmbito da discricionariedade administrativa propriamente dita, em que o executor é instado a escolher um caminho, uma interpretação da expressão textual indeterminada, dentre várias possíveis. Em linhas gerais, duas são as perguntas que se colocam à autoridade competente para expedir a licença prévia: analisados os fatores econômicos, sociais e ambientais, esse empreendimento é viável? Se afirmativo, qual é o melhor local para seu funcionamento?

Se essas perguntas puderem ser respondidas sem necessidade de ponderação axiológica, mediante simples aplicação de conhecimento técnico e apreensão da conclusão mais adequada, não há que se falar em discricionariedade administrativa, mas apenas em discricionariedade técnica. Do contrário, havendo necessidade de recorrer aos valores para a criação do significado textual, verificar-se-á a âmbito próprio de atuação razoavelmente livre do administrador.

Daí porque, por vezes, a LP ganhará contornos de licença propriamente dita, mas, em outras, moldar-se-á mais à noção de autorização. De qualquer maneira, a segunda hipótese, aquela na qual a ponderação principiológica é medida que se impõe, tem maior campo de incidência, notadamente em razão da complexidade dos interesses em jogo, que cotidianamente são colocados frente a frente. Portanto, em regra, tem-se que a licença prévia, no que se refere a esses dois aspectos, tenderá a ser um ato discricionário e, dessa forma, mostrará contornos de uma autorização.

Já quanto à fixação das condicionantes da LP e, de uma maneira geral, a todo o conteúdo das licenças de instalação e operação, usualmente prevalece o aspecto técnico sobre o valorativo. Nesse sentido, uma vez assentada a viabilidade do empreendimento e sua localização, todo o processo de licenciamento subsequente é orientado para buscar a melhor forma de instalar e operar a obra ou atividade. Não mais se admite, porém, o juízo valorativo sobre sua pertinência ou não.

Por outro lado, nada impede que o órgão ambiental, também na segunda ou terceira fase do licenciamento, seja instado a exercer juízo de valor sobre alguma questão específica. Nesse caso, as licenças de instalação e operação, inicialmente tendentes à vinculação, também podem ganhar feições próprias da discricionariedade.

Em qualquer hipótese, deixe-se desde já pontuado, a atividade executiva, ainda que discricionária, não é irrestrita. Pelo contrário, conta com balizas rígidas, intransponíveis, no que pese de difícil delimitação. Esses limites também são traçados por conceitos

indeterminados, mas, ante a inegável relevância ética e normativa, sua definição não pode ficar a cargo tão-somente do administrador. Ao inverso, por se cuidar de limitação do próprio Estado, deve ser exercida pelas diversas camadas sociais, públicas ou não, desde o poder judiciário até a desobediência civil.

Vale, então, uma síntese do que foi exposto acima. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, no que pese ser objeto de contundentes críticas, parece adequada para explicar, com ressalvas, a diferença de vinculação e discricionariedade, sendo esses os extremos hipotéticos de uma linha de graduação dos diversos atos administrativos, que ora tendem para um, ora para outro lado.

Por essa teoria, existem conceitos objetivamente compreendidos, outros que podem ser revelados por conhecimento empírico e descritivo e, por fim, aqueles cujo significado depende de valoração subjetiva. Os primeiros são inerentes às atividades vinculadas. Nos segundos, percebe-se o campo próprio da discricionariedade técnica. Por fim, na terceira espécie de conceitos indeterminados, tem espaço a discricionariedade administrativa propriamente dita.

A licença prévia, no que tange à análise da viabilidade ambiental e localização do empreendimento, em regra coloca valores contrapostos, que devem ser ponderados pelo administrador. Cuida-se, então, de atividade discricionária e, por conseguinte, se aproxima de uma autorização. Já as outras duas – de instalação e operação – contam com conceitos determináveis pela técnica e se achegam ao campo da discricionariedade técnica, mais afeta aos atos vinculados e, destarte, às típicas licenças.

Em quaisquer das hipóteses, elementos do caso concreto podem conduzir à conclusão oposta, sempre tendo em vista se o administrador foi ou não instado a exercer juízo de valor para determinar um conceito legal. No mais, todo e qualquer ato – discricionário, vinculado ou *sui generis* – é restrito pelos limites de atuação do próprio Estado, tema que será em seguida retomado.

Feita essa síntese, passa-se ao objeto central deste estudo, qual seja, a revisibilidade das licenças ambientais.

3 REVISIBILIDADE DAS LICENÇAS AMBIENTAIS

3.1 Conceito

Depois de percorrido todo o processo administrativo tratado no capítulo anterior, caso haja concordância do órgão ambiental competente, expede-se a respectiva licença ambiental pleiteada pelo interessado. Isso, porém, não confere ao particular um direito de operar sua atividade incondicional e infinitamente.

Ao contrário, esse ato caracteriza tão-somente um compromisso estabelecido entre o empreendedor e o poder público que, de um lado, garante a implantação de uma atividade entendida como benéfica à sociedade e, de outro, assegura que durante certo prazo e cumpridas todas as condicionantes, esse empreendimento potencialmente poluidor será tolerado¹⁵⁰.

No entanto, esse ato originário não pode engessar eternamente a atuação do órgão ambiental quanto às condições de funcionamento de determinada atividade que se tenha revelado danosa ao meio ambiente¹⁵¹. Encerrado o prazo da licença, nova análise se faz imperiosa. Mas, também durante sua vigência, certos requisitos podem conduzir à necessidade de rever o ato primário. A essa mutabilidade da situação consolidada por uma licença ambiental já deferida e ainda vigente dá-se o nome de revisibilidade.

A revisibilidade das licenças ambientais decorre da própria noção de ato administrativo. Já de longa data se tem a ideia, radicada no art. 53 da Lei 9.784/99¹⁵² e na Súmula 473 do STF¹⁵³, que a administração pública deve anular seus atos eivados de vício de legalidade e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Essas disposições são genéricas, aplicáveis a todo e qualquer ato

¹⁵⁰ OLIVEIRA, op. cit., nota 106, p. 47.

¹⁵¹ MACHADO, op. cit., p. 337.

¹⁵² Lei 9.784/99, Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

¹⁵³ STF, Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

administrativo, inclusive àqueles que deferem e delimitam a expedição das licenças ambientais.

Como bem salienta José dos Santos Carvalho Filho, cuida-se de exercício de autotutela pela administração pública, inerente ao seu poder de polícia e característica indissociável do Estado de Direito¹⁵⁴. Aliás, o poder de polícia, entendido como “o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”¹⁵⁵, é noção essencial para o estudo da revisibilidade das licenças ambientais.

Segundo Andreas Krell, o poder de polícia surge como uma faculdade excepcional de limitar direitos subjetivos dos administrados, com a finalidade de salvaguardar a segurança, a salubridade e a moralidade públicas¹⁵⁶. O licenciamento ambiental e sua revisibilidade são atividades plenamente enquadráveis nesse conceito, marcadas pela constante intervenção estatal na esfera privada, e, portanto, sujeitas às mesmas prerrogativas e limitações.

Didaticamente, é possível dividir o poder de polícia em quatro ciclos: (1) ordem de polícia; (2) consentimento de polícia; (3) fiscalização de polícia; e (4) sanção de polícia¹⁵⁷. No âmbito do licenciamento, a *ordem de polícia* se caracteriza como uma negativa relativa, ou seja, uma reserva de consentimento estatal para o exercício da atividade poluidora, mas que não é absolutamente vedada. A forma como esse consentimento se dá – vinculada ou discricionariamente – é própria ao segundo ciclo.

É na terceira fase que a revisibilidade se amolda, mais frequentemente como prevenção do que como repressão. É dizer, a implantação de empreendimento efetiva ou potencialmente causador de degradação ao meio ambiente é inicialmente defesa (ordem de polícia), até que o órgão competente ateste sua viabilidade (consentimento de polícia). A partir de então, cabe ao poder público manter constante verificação, não só do cumprimento dos termos da licença expedida, como também de circunstâncias exógenas que possam alterar a situação de fato ou de direito (fiscalização de polícia).

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., pp. 158-60.

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, op. cit., p. 395.

¹⁵⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 123.

¹⁵⁷ MOREIRA NETO, op. cit., p. 398.

No primeiro caso – descumprimento da licença – aplica-se a devida sanção, medida que concretiza o quarto e último estágio do poder de polícia¹⁵⁸. No segundo – advento de fato novo – retorna-se à etapa anterior (consentimento de polícia) para que a administração, a depender das circunstâncias concretas, novamente exerça juízo de valor, mantendo ou de qualquer forma revisando a licença anteriormente expedida. Percebe-se, então, o caráter cíclico e continuado dessa atividade.

Especificamente no que se refere ao licenciamento ambiental, há uma peculiaridade. A Lei 6.938/81, que instituiu em âmbito nacional o licenciamento ambiental, previu como um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 9º, inciso IV, a revisão das licenças de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. Nota-se, então, que o próprio legislador admitiu, ainda que sem especificar detalhes, a viabilidade e necessidade de submeter as licenças ambientais já expedidas, em determinados momentos e situações, a uma reanálise.

De forma um pouco mais detalhada, a Resolução 237/97 do CONAMA tratou do ponto, preceituando em seu art. 19 o seguinte:

Art. 19. O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.

II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.

III - Superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Depreende-se que o CONAMA, através da precitada resolução, definiu três hipóteses em que será cabível rever licença ambiental. Dessa disposição, surgem duas dúvidas: (1) é possível ao CONAMA definir quando será cabível a revisão do ato administrativo? (2) essas hipóteses estabelecidas pelo CONAMA são taxativas? As perguntas acima formuladas devem ser respondidas em conjunto, mediante análise do fundamento ético-normativo¹⁵⁹ que dá ensejo a esse instrumento da PNMA.

Parece mais ajustado compreender o art. 19 da Resolução 237/97 do CONAMA como uma norma exemplificativa, ou seja, expositiva de algumas situações nas quais, em regra, admitir-se-á a revisibilidade das licenças ambientais. Isso porque não é ela que determina tal

¹⁵⁸ É o caso da cassação de uma licença ambiental por descumprimento de suas condicionantes. Sobre o ponto, cf. o item 3.4 desta dissertação.

¹⁵⁹ O fundamento ético será analisado quando do cotejo da revisibilidade das licenças ambientais com o direito adquirido que se lhe opõe.

possibilidade. Em verdade, cuida-se de típica ponderação de princípios contrapostos, todos de idêntica hierarquia normativa e axiológica. Explique-se.

Como é próprio ao direito, suas regras e princípios somente têm incidência na medida em que se verifica conflito entre os interessados, ainda que algum desses seja uma universalidade ou uma coletividade. Não há necessidade de se recorrer ao direito se houver uma situação que beneficie indistintamente a todos. Em outras palavras, o conflito – efetivo ou potencial – é requisito lógico para incidência da norma jurídica¹⁶⁰.

Assim, verificada uma hipótese em que todos os interessados – órgão ambiental, empreendedor, representantes coletivos etc. – concordam com a revisão de uma licença ambiental, certamente sua admissibilidade seria pouco contestada. Imagine-se, por exemplo, a anulação da licença de operação de uma sociedade que já se extinguiu. Ou, ainda, a modificação de condicionantes para que se tornem menos restritivas¹⁶¹. Nesses, bem como em diversos outros casos, a concordância de todos os interessados permitirá a pretendida revisão¹⁶².

Essa interpretação, contudo, não é unânime. Maria Sylvia Zanella di Pietro explica que a noção de revisão como uma faculdade – a qual somente se exerceria para solucionar eventual conflito – decorre da ideia de prevalência do interesse público¹⁶³. Não obstante, também ressalta que uma análise mais focada no princípio da legalidade poderia induzir à revisão do ato como forma de manutenção da ordem legal, um dever de agir independente da vontade das partes, bem como da presença de litígio.

Seguindo essa ideia, segundo a qual o conflito é requisito lógico para a incidência do direito, o problema surge quando a revisibilidade contrapõe interesses distintos, que se restringem mutuamente. A imposição de uma condicionante mais proibitiva a um empreendimento já licenciado, a revogação de uma licença de operação de atividade lucrativa

¹⁶⁰ REBOLLO, Luis Martín. *Para qué sirve el Derecho?: Una reflexión sobre el Derecho Público en la sociedad contemporánea*. In: OSÓRIO, Fábio Medina; e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 177.

¹⁶¹ O modificação de condicionantes para torna-las menos restritivas não importa, necessariamente, retrocesso da proteção ambiental. Pode se caracterizar, outrossim, como mera conformação a uma situação de fato (MILARÉ, op. cit., p. 806).

¹⁶² Novamente, a coletividade, em especial no que tange às futuras gerações, pode se ressentir de um representante adequado para fazer esse crivo. No entanto, parte-se da premissa de que tais representantes (órgãos ambientais, Ministério Público etc) têm legitimidade para concordar com a revisão da licença ambiental e, destarte, tornar não conflituosa a relação.

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 227.

em plena execução, a invalidação de uma licença de instalação, enfim, circunstâncias nas quais o conflito é, ao menos, iminente.

Assim, a primeira perspectiva a ser considerada é a atual posição normativa e axiológica da proteção ao meio ambiente, notadamente em razão de sua constitucionalização pela carta de 1988, cujos principais aspectos já foram assentados do item 1.2 desta dissertação. Nessa esteira, já não mais se admite uma solução concebida *a priori*, fundamentada na precedência de eventuais fatores socioeconômicos.

A elevação da proteção ambiental ao mesmo patamar hierárquico dos direitos sociais e ao desenvolvimento econômico impõe que a revisibilidade das licenças ambientais seja analisada sob a ótica constitucional, e não meramente por aplicação subsuntiva do fato à norma extraída do art. 19 da Resolução 237 do CONAMA. Não por outro motivo, Herman Benjamin elencou, conforme já examinado acima, a legitimação da função regulatória e a diminuição da discricionariedade administrativa como benefícios da constitucionalização do direito ambiental¹⁶⁴.

Com efeito, o incremento de legitimação da atividade dos órgãos ambientais permite que se proceda, em determinados casos, a revisão das licenças ambientais, poder que há décadas atrás não se admitiria. Por outro lado, em se tratando de direitos fundamentais, os três componentes do desenvolvimento sustentável devem ser ponderados sem que haja supressão de nenhum deles. Restringe-se, assim, os limites de atuação do órgão ambiental em razão da eficácia mínima dos direitos em espeque, cujo núcleo rígido não pode ser atingido¹⁶⁵.

Por esses motivos, entre outros, não se pode interpretar literal e restritivamente o art. 19 da Resolução 237/97 do CONAMA. Haverá casos em que, mesmo sem previsão na citada norma, a revisibilidade será cabível. Em outros, mesmo diante da preceituação regulamentar, poder-se-á optar pela prevalência dos interesses econômicos ou sociais, em detrimento do ambiental. Talden Farias enumera três razões que conduzem a essa conclusão:

Na verdade, do ponto de vista prático, são basicamente três as razões que levaram o legislador a considerar a possibilidade de revisar uma licença ambiental. A primeira é a velocidade com que a ciência e a tecnologia evoluem, fazendo com que os órgãos ambientais em questão não tenham como se precaver em face dos riscos e perigos ambientais que a cada dia podem surgir. A segunda é que os órgãos ambientais dispõem de estrutura insuficientes em termos de recursos humanos e materiais e são muito suscetíveis a ingerências de ordem pessoal, política e econômica. A terceira é que dados técnicos relevantes podem ser omitidos ou apresentados

¹⁶⁴ BENJAMIN, op. cit., nota 21, pp. 21-3.

¹⁶⁵ Sobre a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 349-55.

de forma distorcida ou mesmo falsa, comprometendo no todo ou em parte o entendimento e a decisão dos órgãos administrativos de meio ambiente.¹⁶⁶

Essa ponderação principiológica se encontra evidente no momento da decisão pela expedição ou não da licença prévia, mais especificamente ao se atestar a viabilidade ambiental do empreendimento pretendido. Nessa oportunidade, o ente licenciador é instado a exercer expressamente o juízo ponderativo, sopesando o direito ao desenvolvimento econômico e à livre iniciativa, os direitos sociais e o direito das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ultrapassada essa fase, não significa que o poder público não tenha mais que exercer tal ponderação. Essa atividade permanece constante, latente, podendo a qualquer hora ser novamente objeto de ação ou, simplesmente, de inação. Aliás, a própria omissão do órgão estatal caracteriza uma ponderação tácita¹⁶⁷, cuja conclusão é pela manutenção do *status quo*. De qualquer forma, seja agindo ou não, a atividade, ao menos em teoria, deve estar sempre presente. É o dever de intervenção já tratado no primeiro capítulo.

Portanto, revisão das licenças ambientais é o instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente através do qual o órgão competente exerce constante juízo de ponderação dos interesses atinentes a determinados empreendimentos licenciados, podendo culminar na manutenção ou, respeitado o devido processo legal, na suspensão, modificação ou cancelamento dessas.

Ao tratar das formas de extinção do ato administrativo, Fernanda Marinela elenca quatro principais categorias: (1) cumprimento de seus efeitos; (2) desaparecimento do sujeito ou do objeto; (3) retirada do ato pelo poder público, que abrangeria a revogação, anulação, cassação, caducidade e contraposição; e (4) a renúncia¹⁶⁸. Como afirmado alhures, trata-se aqui apenas daquelas hipóteses em que há conflito, ao menos potencial, ou seja, tão-somente daquelas constantes na terceira categoria.

Com efeito, apesar de pontos em comum, não se pode confundir as formas de extinção do ato administrativo com as hipóteses de revisibilidade. No que pesem algumas espécies se enquadrarem em ambas as categorias – cassação, invalidação e revogação – há outras que apenas se inserem no primeiro conceito: o cumprimento dos efeitos, desaparecimento do

¹⁶⁶ FARIAS, op. cit, p. 148.

¹⁶⁷ Sobre a omissão administrativa como forma de manifestação de vontade, cf. ARAGÃO, op. cit., pp. 151-4.

¹⁶⁸ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 249.

sujeito/objeto e a renúncia. Da mesma maneira, a suspensão e a modificação são espécies de revisibilidade que não resultam na extinção do ato primitivo.

Sobre as espécies de revisão, o art. 19 da Resolução 237 do CONAMA se refere a três tipos, quais sejam, suspensão, modificação e cancelamento. Por seu turno, essa última se subdivide em três outros: cassação, invalidação e revogação¹⁶⁹. Cada uma dessas conta com hipóteses de incidência e peculiaridades próprias, razão pela qual cumpre examina-las individualmente.

3.2 Suspensão

Segundo Luís Paulo Sirvinskas, suspender é determinar a paralisação dos efeitos até que a obra ou atividade esteja adequada às condicionantes ou normas legais¹⁷⁰. Cuida-se de espécie caracterizada por sua eficácia temporal limitada, até que advenha determinado prazo ou circunstância que determine o retorno ao *status quo* ou, eventualmente, dê ensejo a outra espécie de revisão, essa de caráter permanente.

Percebe-se, então, que essa hipótese de revisão não atinge o ato originário propriamente dito, a licença ambiental. Ao contrário, corresponde a uma forma de obstaculização dos efeitos dela advindos, os quais temporariamente deixam de se efetivarem. Com efeito, identificam-se duas principais situações nas quais caberá ao órgão competente agir de tal forma.

A primeira delas, que se optou denominar suspensão autônoma, caracteriza resposta a uma circunstância, fática ou jurídica, excepcional e transitória. Pegue-se, por exemplo, uma licença de operação de indústria cujo funcionamento dependa de emissão de grande quantidade de gases poluentes na atmosfera. No momento de seu licenciamento, optou-se por admitir esse impacto ambiental pois, ainda que relevante, estava dentro da capacidade de suporte da região, dentro dos limites de tolerabilidade fixados por padrões ambientais.

¹⁶⁹ FARIAS, op. cit., pp. 153-6.

¹⁷⁰ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

Imagine-se, porém, a ocorrência do fenômeno de inversão térmica¹⁷¹ durante alguns dias, fazendo com que a concentração de poluentes na baixa camada atmosférica ultrapasse a capacidade de suporte, com graves consequências para a saúde pública. Percebe-se, no exemplo citado, uma situação que poderia justificar a suspensão da licença de operação da referida fábrica até que o fenômeno da natureza, tipicamente temporário, se encerrasse.

Nessa hipótese, ao poder público caberia empreender nova ponderação sobre os benefícios econômicos e sociais do funcionamento da fábrica, em cotejo com o impacto ambiental potencializado pela excepcional conjuntura, e não mais à luz do quadro regular. O resultado da equação pode ser diferente daquele expendido no licenciamento ordinário. Só as circunstâncias do caso concreto o dirão.

Inobstante de mais difícil ocorrência, tal excepcionalidade pode ser, além de fática, também jurídica. Essa hipótese está diretamente ligada a normas de caráter transitório. Um exemplo que se pode imaginar é a modificação do uso de determinado espaço público por lei, mas submetida a referendo popular. A análise sobre o cabimento de revogação – espécie de revisão que será a seguir esposada – somente será possível após a consolidação da norma. Antes, caberá tão-somente sua suspensão¹⁷².

Ao lado dessa que se denominou suspensão autônoma, visto que não diretamente ligada a outra espécie de revisibilidade, é possível verificar também a suspensão cautelar. Cuida-se de hipótese em que a medida definitiva a ser tomada pelo órgão competente tem caráter permanente, mas depende de prévio e regular processo administrativo, com respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Nessa esteira, à luz do conceito expendido, a cassação, invalidação e revogação das licenças ambientais devem respeitar o devido processo legal e, portanto, demandam certo tempo para que se concretizem. Não obstante, há situações em que não se pode aguardar tal lapso, sob risco de perecimento do interesse em xeque. No direito ambiental, esse risco ainda é catalisado pela impossibilidade de reversão perfeita do dano que venha a ser causado.

¹⁷¹ “A inversão térmica é uma condição meteorológica que ocorre quando uma camada de ar quente se sobrepõe a uma camada de ar frio, impedindo o movimento ascendente do ar, uma vez que, o ar abaixo dessa camada fica mais frio, portanto, mais pesado, fazendo com os poluentes se mantenham próximos da superfície. [...] Em um ambiente com um grande número de indústrias e de circulação de veículos, como o das cidades, a inversão térmica pode levar a altas concentrações de poluentes, podendo ocasionar problemas de saúde”. Conceito extraído de: <<http://www.cetesb.sp.gov.br/Ar/anexo/inversao.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

¹⁷² Mesmo que parecida, essa suspensão não é propriamente cautelar, pois a revogação ainda não é juridicamente possível, ante o caráter provisório da norma.

Nesses casos, pode-se falar na suspensão das licenças ambientais como um verdadeiro exercício do poder geral de cautela pelo poder público, de maneira similar àquele praticado pelos órgãos jurisdicionais. Aliás, os mesmos requisitos devem ser aplicados, ou seja, para que se proceda à suspensão cautelar incumbe ao órgão ambiental demonstrar a verossimilhança dos argumentos (*fumus boni iuris*) e o perigo na demora (*periculum in mora*).

Esse poder geral de cautela não é expressamente abordado pela doutrina, que normalmente se limita a elencar hipóteses associadas ao descumprimento da legislação ambiental passível de adequação¹⁷³. Entretanto, essa capacidade emana da própria extensão do poder de polícia que dá lastro à atividade fiscalizatória e revisional aqui examinada.

Admitindo a necessidade de regular procedimento administrativo, o exercício do poder geral de cautela é medida que se impõe para evitar eventuais e graves danos ao meio ambiente¹⁷⁴. Nesse sentido, com seu manejo, não há necessidade de contrapor o respeito ao devido processo legal ao direito ao meio ambiente equilibrado, podendo-se observar o primeiro sem risco de perecimento do segundo.

Há, porém, um ponto que pode suscitar controvérsias. A suspensão autônoma perdura enquanto persistir a excepcionalidade que lhe deu ensejo. Contudo, no que tange à suspensão cautelar, não se pode admitir sua indeterminação temporal, sob risco de inviabilizar posteriormente, caso não se proceda ao cancelamento definitivo da licença ambiental, a retomada da atividade suspensa. Em suma, o poder geral de cautela se justifica tão-somente pelo prazo necessário à prolação da decisão final.

O ideal seria que houvesse uma previsão normativa sobre o procedimento e os respectivos prazos. Na ausência, pode-se aplicar subsidiariamente, com as devidas adaptações, as regras referentes ao licenciamento ambiental. Em âmbito federal, trata-se da Instrução Normativa 184/2008 do IBAMA. Esse prazo vai depender, também, de circunstâncias do caso concreto, como a necessidade de dilação probatória ou de realização de audiência pública.

O que não se mostra pertinente é a manutenção indeterminada da cautela, sob pena de se desvirtuar o instituto para, à frente, tornar a própria decisão definitiva, seja prejudicial ou benéfica ao empreendedor, inócua. Essa postura do órgão ambiental caracterizaria desvio de

¹⁷³ Por todos, cf. FARIAS, op. cit., pp. 152-3; ARAÚJO, op. cit., p. 136; SIRVINSKAS, op. cit., p. 166; MILARÉ, op. cit., p. 807; e MARCHESAN, op. cit., p. 113-8.

¹⁷⁴ O IBAMA já teve oportunidade de suspender cautelarmente uma licença de instalação até análise de eventual cassação da mesma. O caso concreto é referido no item 3.4, com referência na nota de rodapé 200.

finalidade e, a depender do caso concreto, desafiaria intervenção judicial reparadora, seja para determinar sob pena de multa o prosseguimento conclusivo do processo administrativo ou até mesmo para levantar a suspensão cautelar administrativamente determinada.

3.3 Modificação

Dentre as espécies de revisão das licenças ambientais, a modificação é certamente aquela mais corriqueira, não obstante também possa gerar conflitos entre o empreendedor e o órgão ambiental. Cuida-se da hipótese em que não se justifica ato tão gravoso quanto o cancelamento da licença, mas há necessidade de adequação a uma situação posteriormente identificada¹⁷⁵.

Com efeito, o direito ambiental e, conseqüentemente, o licenciamento é essencialmente dinâmico. Especificamente no que tange a esse instrumento da PNMA, no transcorrer do processo administrativo que conduz à expedição da LO, os estudos vão se enriquecendo em detalhes, as intervenções do empreendimento na natureza vão gerando conseqüências diversas daquelas inicialmente calculadas, enfim, há necessidade de um constante acompanhamento¹⁷⁶.

Nesse sentido, conforme já exposto no capítulo anterior, o EIA/RIMA, que contém os principais subsídios para a tomada de decisão, é elaborado ainda na fase inicial do licenciamento, antes da expedição da LP. É bastante natural e até mesmo corriqueiro que, em especial na fase de implantação do empreendimento, descubram-se fatos novos, sejam não previstos ou mal estimados.

Daí a necessidade, frente a esse quadro distinto daquele inicialmente imaginado, de acomodação da licença ambiental à real situação, ou seja, de sua modificação. Não se trata de alteração substantiva dessa, mas sim de simples ajustamento, normalmente associado a uma ou algumas condicionantes. Por outro lado, caso haja mudança substancial da licença, a ponto de desnaturá-la, não se estará diante dessa espécie de revisão.

¹⁷⁵ MILARÉ, op. cit., p. 805.

¹⁷⁶ ANTUNES, op. cit., p. 212.

Por exemplo, a alteração de localização de um empreendimento não caracteriza modificação da licença prévia. Em verdade, estar-se-á diante de um dos tipos de cancelamento e subsequente expedição de nova LP. Da mesma forma, a modificação para inclusão de condicionante tão gravosa que inviabilize economicamente a atividade é uma revogação travestida. Assim, essa espécie de revisão se caracteriza pela adequação da licença, em especial de suas condicionantes, à real situação – distinta daquela inicialmente prevista – sem que isso importe mudança substancial de seu teor.

Podem-se, então, identificar três hipóteses que darão ensejo a essa espécie de revisão. A primeira diz respeito à ausência, sub ou superestimação de um impacto causado pelo empreendimento, desde que não caracterize conduta culposa ou dolosa do empreendedor, nem erro técnico do órgão ambiental¹⁷⁷. A referência, aqui, é à própria dinâmica do processo de licenciamento, cujas consequências podem ser estimadas, mas não precisadas.

A necessidade de adequação é decorrência do juízo de probabilidade – não de certeza – que reveste toda a atividade estatal aqui em comento. Melhor dito, o cabimento desse tipo de modificação é o reconhecimento da incapacidade humana de prever com exatidão o impacto de uma obra ou atividade sobre a natureza, sem que isso signifique afirmar a ocorrência de erro ou dolo por quaisquer das partes envolvidas.

A viabilidade jurídica de modificação das licenças ambientais, além de contar com expressa previsão no art. 19 da Resolução 237/97 do CONAMA, é corroborada por autores como Marchesan, Steigleder e Cappelli:

Diante da superveniência de graves riscos ambientais e de saúde, decorrentes da atividade licenciada, o órgão ambiental competente poderá impor restrições e novas condicionantes à atividade. Isso se justifica porque, diante da iminência de um dano ambiental, a atividade fiscalizatória do poder público demanda a adoção de medidas preventivas e precaucionais urgentes, sendo que o particular não pode se furtar a tais exigências, já que a responsabilidade pelos danos ambientais é objetiva. Seria a hipótese de um determinado empreendimento ter sido licenciado conforme os padrões de tecnologia disponível e, posteriormente, se descobre que os padrões de emissão adotados, em abstrato, no licenciamento, são insuficientes para conter a degradação ambiental. É evidente que o Poder Público deverá intervir para corrigir essas distorções.¹⁷⁸

Há, porém, quem defenda que as novas condicionantes somente poderão ser apostas quando da renovação da respectiva licença. É o que afirma Paulo de Bessa Antunes:

¹⁷⁷ Essas duas hipóteses, conforme se verá a seguir, darão ensejo à invalidação da licença.

¹⁷⁸ MARCHESAN, op. cit., p. 114.

A questão referente aos direitos outorgados pela licença para o seu titular pode ser assim resumida: No prazo de validade da licença, a modificação de padrões de emissões e de lançamento de efluentes não é oponível ao titular de uma licença válida e que esteja sendo cumprida de acordo com as determinações nela contidas. Encerrada a licença, cabível a exigência de modificação dos padrões, com vistas ao cumprimento dos novos índices.¹⁷⁹

Na prática administrativa, interessante caso se deu com a descoberta, durante a construção do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, de uma rã *physalaemus soaresi* – espécie ameaçada de extinção – vivendo e procriando em um lago localizado exatamente no traçado da rodovia. Depois de grande comoção popular, com ampla cobertura na mídia, o órgão licenciador optou por modificar o projeto original, exigindo a construção de um viaduto sobre o local, para preservação da fauna. O impacto financeiro da medida foi de aproximadamente 18 milhões de reais¹⁸⁰.

A segunda hipótese de modificação pode se dar quando há omissão ou falsidade nas informações que subsidiaram a expedição da respectiva licença. Essa, aliás, é expressamente prevista no art. 19, inciso II, da Resolução 237 do CONAMA. Aqui, não há mais que se falar em incerteza dos impactos causados pelo empreendimento, já que o fato que lhe dá causa é na própria base informacional que orientou a decisão do órgão licenciador.

Novamente, um exemplo ajuda a compreensão. Em novembro de 2010, o INEA – órgão licenciador no Estado do RJ – expediu licença prévia atestando a viabilidade e aprovando a localização do Complexo Turístico Resort Perú¹⁸¹. Em seguida, foram expedidas diversas licenças de instalação, com a seguinte condicionante: “Não realizar qualquer supressão de vegetação sem a prévia anuência do IBAMA, de acordo com o estabelecido no Decreto Federal 6.660, de 21.11.2008”.

Durante a instalação do empreendimento, contudo, verificou-se que a vegetação de Mata Atlântica a ser suprimida era eminentemente secundária em estágio inicial de regeneração. Segundo o INEA, apenas 2,47 hectares corresponderiam a vegetação em estágio médio de regeneração, fato que afastaria a competência do órgão federal para autorizar a supressão, nos termos do art. 19, inciso II, do Decreto 6.660/08.

¹⁷⁹ ANTUNES, op. cit., p. 201.

¹⁸⁰ Cf. <<http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=432953>>. Acesso em: 28 mar. 2014. Cumpre observar que a modificação da licença ambiental não significa, necessariamente, a alteração de seu instrumento. A simples mudança dos projetos de instalação já retratam essa espécie de revisibilidade, ainda que não haja uma retificação formal do alvará.

¹⁸¹ LP IN003163, prorrogada pela LP IN018499.

Assim, verificou-se uma omissão nas informações que ensejaram a expedição das licenças de instalação, a saber, o estágio de regeneração da vegetação secundária. A partir desses novos dados, o interessado requereu e o INEA deferiu a retirada da mencionada condicionante. A averbação, que contou com parecer técnico favorável, foi deferida pelo órgão estadual¹⁸².

Cumpra salientar que a omissão de informações pode ser dolosa ou culposa, situações que caracterizam também o delito previsto no art. 69-A da Lei 9.605/98¹⁸³. Contudo, parece admissível que haja omissão nas informações mesmo sem a presença do elemento subjetivo. Com efeito, o empreendedor e seus técnicos não são oniscientes e, certamente, podem apresentar inconscientemente um estudo incompleto. Nesse caso, a modificação será juridicamente possível, mas não a imputação de crime.

Já no que tange à falsidade das informações, pressupõe-se no mínimo a culpa do responsável por prestá-las. A exceção se dá, apenas, quando se verificar erro escusável, ou seja, um equívoco que também seria cometido pelo chamado “homem médio”, ainda que dotado de conhecimento técnico específico. Também nesse caso, será viável modificar a licença ambiental, apesar de não restar caracterizado o tipo penal acima mencionado.

Por fim, a terceira hipótese se dá quando há uma modificação normativa superveniente, mas sem que se constate necessidade de revogação. O ponto determinante não gira mais sobre os pressupostos fáticos, mas sim sobre o ordenamento jurídico que à época era um e, depois, durante a vigência da licença ambiental, sofreu uma alteração relevante que impôs a adequação desta àquela.

Um exemplo dessa espécie de revisão decorre da publicação da Lei 9.985/00, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Segundo seu art. 36, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, o empreendedor é compelido a apoiar a implantação e manutenção de unidade de

¹⁸² Não se faz, aqui, qualquer juízo de valor sobre as informações citadas ou as decisões proferidas pelo INEA. A ideia é tão-somente trazer um caso concreto em que houve modificação de licença ambiental. De qualquer forma, vale ressaltar que a questão foi judicializada através das ações civis públicas 0002394-72.2009.4.02.5108 e 0001295-28.2013.4.02.5108, em trâmite respectivamente na 1ª e 2ª Varas Federais de São Pedro da Aldeia.

¹⁸³ Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º - A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.

conservação do grupo de proteção integral¹⁸⁴, obrigação que desde então passou a ser inserida como condicionante das licenças ambientais.

Para as novas obras e atividades, mesmo que já iniciado o processo de licenciamento, não há controvérsia. Cuida-se de aplicação imediata da lei a uma situação não constituída, ou seja, em que o interessado detinha mera expectativa de direito. No entanto, no que se refere aos empreendimentos devidamente licenciados e em operação, essa inserção de condicionante somente poderia se dar mediante modificação da respectiva licença.

Em regra, os órgãos licenciadores, no momento da renovação das respectivas licenças de operação, impõem essa nova condicionante, à semelhança do que se faz no licenciamento corretivo. Referidas situações são corriqueiras e não costumam gerar conflitos, motivo pelo qual não adquirem grande publicidade¹⁸⁵. Há, no entanto, pelo menos um caso litigioso, cuja solução definitiva ainda está pendente.

A sociedade Mineração Urucum S/A, incorporada pela Mineração Corumbaense Reunida S/A e desde 1994 controlada pela Companhia Vale do Rio Doce, exerce no Mato Grosso do Sul atividade minerária¹⁸⁶ desde 1908, tendo requerido sua primeira licença de operação (corretiva) em 1991, renovada algumas vezes desde então. Em 31/07/2002, lastreado no Parecer 924/01 de sua Procuradoria-Geral, o IBAMA modificou a LO 23/96 – expedida em 28/05/99 e válida até 28/05/03 – para fazer constar a seguinte condicionante:

2.1 A empresa deverá, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da expedição da retificação desta Licença de Operação, formalizar compromisso perante ao IBAMA para o cumprimento do Programa de Compensação Ambiental a ser estabelecido pela Coordenação Geral de Unidades de Conservação, em obediência ao disposto na Lei nº 9985 de 18 de junho de 2000.

¹⁸⁴ O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade desse dispositivo, salvo no que tange à expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”. Entendeu a Corte que o valor da compensação deveria ser apurado de acordo com os impactos efetivamente causados ao meio ambiente, sem limitação percentual. (ADI 3.378, Pleno, Relator Min. Carlos Britto, DJ 20/06/2008)

¹⁸⁵ Corroborando essa afirmação, cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Cartilha de licenciamento ambiental (com colaboração do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis)*, 2ª ed. Brasília: TCU, 4ª Secretaria de Controle Externo, 2007, p. 19. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2059156.PDF>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

¹⁸⁶ Atividade causadora de significativo impacto ambiental, nos termos do art. 2º, inciso IX, da Resolução 01/86 do CONAMA.

O empreendedor interpôs recurso administrativo e, durante seu processamento, a controvérsia ganhou contornos nacionais no debate junto ao CONAMA sobre o texto da posteriormente publicada Resolução 371/2006. Tal ato normativo veio a dispor o seguinte:

Art. 6º. Nos casos de licenciamento ambiental para a ampliação ou modificação de empreendimentos já licenciados, sujeitas a EIA/RIMA, que impliquem em significativo impacto ambiental, a compensação ambiental será definida com base nos custos da ampliação ou modificação.

Art. 7º. Para os empreendimentos que já efetivaram o apoio à implantação e manutenção de unidade de conservação, não haverá reavaliação dos valores aplicados, nem a obrigatoriedade de destinação de recursos complementares, salvo os casos de ampliação ou modificação previstos no art. 6º desta Resolução, e os casos previstos no art. 19, incisos I e II da Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997.

A então recém-publicada Resolução 371/06 do CONAMA serviu de fundamento para a mudança de entendimento da Procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA¹⁸⁷ que, através do Parecer 0262/2006/PROGE/COEPA, concluiu que os empreendimentos já licenciados não se submeteriam à nova condicionante da Lei 9.985/00, salvo se houvesse pleito de modificação ou ampliação da atividade. Essa solução ainda foi corroborada pelo Parecer 111/2006, da Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente (MMA), e vinculou a decisão do Presidente da autarquia.

Em 19/06/2012, a LO foi renovada sem a referida condicionante, com vigência até 19/06/2016. Ocorre que, antes disso, a 4ª Câmara de Coordenação de Revisão do Ministério Público Federal não homologou a promoção de arquivamento do inquérito civil. Esses dois fatos conjugados resultaram na propositura da ação civil pública 0001063-17.2013.4.03.6004, em trâmite na 1ª Vara Federal de Corumbá/MS, ainda pendente de instrução e julgamento.

Vê-se, então, que o IBAMA administrativamente concluiu pelo não cabimento de modificação da licença, nem durante sua vigência nem no momento de renovação¹⁸⁸. Essa decisão, porém, não é imune a crítica. Com efeito, o parecer acima citado arrematou que, com base na Resolução 371/06 do CONAMA, as atividades já licenciadas somente poderiam ser objeto de novas condicionantes se houvesse pretensão de ampliação ou modificação.

Esse raciocínio é bastante pertinente para a hipótese de empreendimento que gere significativo impacto ambiental na sua implantação, mas não na sua operação. Isso porque,

¹⁸⁷ A PFE/IBAMA é órgão da Procuradoria-Geral Federal (PGF), criada pela Lei 10.480, de 2 de julho de 2002, e compõe a estrutura da Advocacia-Geral da União. A PGF concentrou a representação judicial e extrajudicial, contenciosa e consultiva, das autarquias e fundações públicas federais. Daí porque a referência, após 2002, à PFE/IBAMA ao invés de Procuradoria-Geral do IBAMA.

¹⁸⁸ No mesmo sentido, cf. MILARÉ, op. cit., p. 1248; e ANTUNES, op. cit., pp. 730-1.

nesse caso, a degradação se limitou a um determinado lapso temporal e, depois, naturalmente cessou. Não é o que ocorre quando a operação por si só gera esse tipo de impacto, situação em que a atividade está em constante embate com o meio ambiente e, portanto, sujeita a contínuo processo de fiscalização e regulação.

Seguindo esse raciocínio, o Instituto Estadual de Florestas, em Minas Gerais, fixou as seguintes regras para incidência ou não da compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei 9.985/00¹⁸⁹:

Empreendimentos com licenciamento regular	
com LI antes da Lei 9.985/00, que causa s.i.a. ¹⁹⁰ apenas pela implantação	Não incide comp. ambiental
com LI antes da Lei 9.985/00, e que a partir dessa data causa s.i.a. pela sua operação	Incide compensação ambiental
com LI após a Lei 9.985/00, que causou s.i.a. pela implantação e/ou pela operação	Incide compensação ambiental
Empreendimentos em licenciamento corretivo	
implantado antes da Lei 9.985/00, que causou s.i.a. apenas pela implantação	Não incide comp. ambiental
implantado antes da Lei 9.985/00, e que a partir dessa data causa s.i.a. pela sua operação	Incide compensação ambiental
implantado após a Lei 9.985/00, que causou s.i.a. pela implantação e/ou pela operação	Incide compensação ambiental
Empreendimentos em renovação de LO, e que ainda não tiveram condicionante de compensação ambiental fixada	
com LI antes da Lei 9.985/00, que causou s.i.a. apenas pela implantação	Não incide comp. ambiental
com LI antes da Lei 9.985/00, e que a partir dessa data causou s.i.a. pela sua operação	Incide compensação ambiental
com LI após a Lei 9.985/00, que causou s.i.a. pela implantação e/ou pela operação	Incide compensação ambiental

Esse quadro-esquema sintetiza o entendimento do órgão ambiental mineiro e que parece se adequar ao conteúdo dos pareceres vinculantes da PFE/IBAMA, no que pese a decisão do órgão ambiental federal ter se dado em sentido diverso. Assim, o empreendimento em operação antes da vigência da Lei 9.985/00 não deve ser obrigado a proceder à compensação ambiental de que trata do art. 36 se o significativo impacto ambiental se limitar à sua instalação.

¹⁸⁹ É importante deixar claro que o IEF/MG não tem qualquer relação com o caso concreto analisado. No entanto, a didática e simultânea profundidade do quadro-esquema torna-o bastante interessante, razão pela qual optou-se por transcrevê-lo. Disponível em <<http://www.ief.mg.gov.br/compensacao-ambiental/valores>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

¹⁹⁰ Significativo impacto ambiental.

Se, por outro lado, a atividade em si gera significativo impacto ambiental, pode-se impor tal condicionante, ao menos no licenciamento corretivo ou na renovação da LO¹⁹¹. No caso da Mineração Urucum S/A, porém, parece não ter sido feita propriamente essa diferenciação entre o momento em que a degradação se dá, fato que conduziu a uma conclusão distinta daquela que teria se chegado pelo quadro acima transcrito.

Essas são algumas situações em que será possível, em tese, a revisão das licenças ambientais para lhes modificar.

3.4 Cassação

Essa espécie de revisão é aquela que gera menos divergência jurídica. Cuida-se de hipótese em que o empreendedor não obedece aos termos da licença de que dispõe, notadamente no que tange às suas condicionantes. Segundo Talden Farias, “a cassação pode ocorrer, por exemplo, no caso de descumprimento de partes essenciais do projeto, da lei ou regulamento que rege a execução do projeto ou das exigências do alvará de licença”¹⁹².

Em verdade, a cassação nem sequer seria necessária para a paralização da obra ou atividade. Com efeito, havendo descumprimento de alguma condicionante ou desvio do projeto licenciado, caracterizar-se-ia por si só a ilegalidade do empreendimento, sem o imperativo de intervenção do órgão ambiental. Ao menos em tese, seria até mesmo prescindível o cancelamento da licença ambiental para evitar qualquer tipo de dano ao meio ambiente. Bastaria que o poder público, constatado o descumprimento da licença, notificasse o interessado para a ela se adequar ou, então, para cessar sua atividade.

Nesse diapasão, poder-se-ia tratar a cassação como uma espécie de revisibilidade simplesmente declaratória, que atestaria e tornaria permanente uma ilegalidade já existente. É exatamente essa a natureza jurídica que a doutrina ambientalista costuma associar¹⁹³, muito influenciada também pela expressa previsão do já citado art. 19, inciso I, da Resolução 237/97 do CONAMA.

¹⁹¹ Seguindo essa corrente, cf. MACHADO, op. cit., pp. 952-3.

¹⁹² FARIAS, op. cit., p. 154.

¹⁹³ MARCHESAN, op. cit., pp. 113-8; OLIVEIRA, op. cit., nota 92, pp. 394-5; FARIAS, op. cit., p. 154; SIRVINSKAS, op. cit., p. 166; e MILARÉ, op. cit., pp. 807-8.

Não obstante, há também quem identifique a cassação como uma espécie de penalidade administrativa, e não de revisão do ato. Nas palavras de Carlos José Teixeira Toledo, por exemplo:

Cassação é a hipótese de desfazimento do ato que não se apoia no exame de sua validade ou unicamente em motivos de conveniência e oportunidade, pelo quê merece ser analisada separadamente. Ela se origina do descumprimento de deveres jurídicos impostos ao beneficiário do ato, fazendo surgir a sanção de retirada do ato e perda da situação jurídica dele decorrente. V.g., a perda de uma licença ambiental, por extrapolar os limites de poluição nela tolerados.¹⁹⁴

Na mesma linha, afirmando que se trata de espécie de penalidade, seguem Alexandre Santos de Aragão¹⁹⁵, José dos Santos Carvalho Filho¹⁹⁶ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁹⁷. Esse último ainda distingue cassação expropriatória – que entende como modalidade de retirada de ato por conveniência e oportunidade – da cassação punitiva, essa sim decorrente da inobservância dos seus termos.

De fato, a cassação parece se adequar mais ao conceito de pena do que ao de revisibilidade. Isso porque, conforme já se pontuou, não é necessário que se suspenda, modifique ou cancele a licença. Tanto seu deferimento como seus termos e condicionantes são hígidos. O problema não se dá com a licença em si, razão porque não se demanda sua revisão por qualquer forma. A ilegalidade decorre da não conformação da atividade aos ditames fixados pelo órgão ambiental.

Daí porque o instituto se amolda muito mais à noção de punição administrativa por um ato ilícito. Aliás, a cassação como pena tem expressa previsão no art. 72, § 8º, inciso II, da Lei 9.605/98 e art. 20, inciso II, do Decreto 6.514/08. Não bastasse, a conduta ilícita é expressamente tipificada como infração administrativa no art. 66 desse mesmo decreto.

A diferença entre considerar a cassação como espécie de revisibilidade ou punição administrativa não é meramente terminológica. Tem importante repercussão prática, em especial no que tange à necessidade de demonstração do requisito subjetivo. Nesse sentido,

¹⁹⁴ TOLEDO, Carlos José Teixeira. *Atos administrativos*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Curso de direito administrativo econômico*. vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 503-4.

¹⁹⁵ ARAGÃO, op. cit., p. 177.

¹⁹⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 152.

¹⁹⁷ MOREIRA NETO, op. cit., p. 159.

em se tratando de penalidade, não constatada culpa ou dolo do agente, não há que se falar na imputação dessa consequência.

Isso não significa esvaziar a proteção ao meio ambiente. Ausente o elemento subjetivo, cumpre ao órgão ambiental notificar o empreendedor para que se adeque aos termos da licença expedida, podendo inclusive determinar – a depender do risco ou gravidade do dano – a suspensão cautelar da obra ou atividade. A partir daí, ou o interessado se ajusta ou, então, dolosamente deixa de fazê-lo, fato que daria ensejo, enfim, à aplicação da pena.

Ademais, em se tratando de penalidade administrativa, esta não pode se dar de maneira automática. Não se deve confundir a perda dos efeitos da licença, consequência imediata do descumprimento de suas condicionantes, com a cassação dessa, que, por sua definitividade, depende de expressa manifestação do órgão competente. José dos Santos Carvalho Filho, com bastante propriedade, procede a essa diferenciação para interpretar o art. 10, § 2º, da Lei 10.826/2003:

Hipótese interessante de cassação foi a prevista na Lei nº 10.826/2003 – o estatuto do desarmamento. Diz a lei que a autorização de porte de arma ‘perderá automaticamente sua eficácia’ se o portador for detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob o efeito de substâncias químicas ou alucinógenas (art. 10, § 2º). Em que pese a expressão adotada na lei, a ocorrência dos supostos fáticos nela previstos rende ensejo realmente à cassação do ato de autorização, dada a sua natureza punitiva. Da cassação – isto sim – é que resultará a perda automática da eficácia da autorização.¹⁹⁸

O IBAMA já teve oportunidade de cassar a licença de operação nº 256/02, que autorizou o cultivo de camarão exótico na baía de Guaratuba/PR. Na oportunidade, constatou-se o descumprimento de condicionante que determinava a contratação de laboratório pós-larvas para evitar a disseminação de agentes patogênicos, os quais poderiam comprometer o ecossistema estuarino, contaminando espécies nativas. A contenda foi judicializada e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a cassação de licença empreendida pela autarquia¹⁹⁹.

Em outro momento, interessante solução foi dada ao caso da construção da Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL) pela VALEC S/A, empresa pública vinculada ao Ministério dos Transportes. Constatou-se, durante sua construção, que o Plano Básico Ambiental (PBA)

¹⁹⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 152.

¹⁹⁹ TRF4, 3ª Turma, AC em MS 2003.70.00.027578-8, Relatora Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, DJ 24/01/2008.

não estava sendo executado da forma como constava na licença de instalação, notadamente no que tange ao monitoramento dos impactos ambientais.

O IBAMA suspendeu cautelarmente a LI até que, em 09/08/2011, as partes assinaram um Termo de Compromisso Ambiental (TCA), com base no art. 79-A da Lei 9.605/98, para regularização da construção da ferrovia²⁰⁰. Não se chegou, assim, a cassar a licença da VALEC, mas a hipótese, caso não houvesse regularização, certamente daria ensejo a tal providência, seja compreendida como revisão ou penalidade administrativa.

De qualquer maneira, no que pese essa crítica quanto a sua natureza jurídica, a expressa previsão no art. 19 da Resolução 237/97 do CONAMA, corroborado pela doutrina especializada²⁰¹, orienta a identificação da cassação também como uma espécie de revisibilidade, caracterizada pelo cancelamento da licença ambiental em razão do descumprimento de seus termos.

3.5 Invalidação

A invalidação é espécie de revisão através da qual, constatado vício no processo de licenciamento, declara-se a nulidade da decisão que concedeu e, por consequência, da licença ambiental expedida. Há, nesses casos, algum tipo de irregularidade que corrompe o ato, fulminando-o de tal sorte que sua manutenção – exceto se viável sua convalidação – torna-se nociva à relação jurídica que se pretende regular, senão apenas pelo seu conteúdo, mas também pela insegurança de se admitir a validade e aptidão para gerar efeitos de um ato ilegítimo, ilegal ou até mesmo inconstitucional.

A invalidade pode ser formal ou material. Como já exposto no capítulo anterior, o licenciamento ambiental corresponde a um processo administrativo através do qual o poder público permite ou não a execução de empreendimento considerado efetiva ou potencialmente poluidor, oportunamente impondo condicionantes e fiscalizando seu cumprimento.

Assim, como todo e qualquer processo judicial ou administrativo, deve respeitar, por imposição constitucional, o devido processo legal, formal e substantivo. Esse princípio tem o

²⁰⁰ Processo administrativo 02001.002052/2008-00. Cópia do TCA está disponível em: <www.ibama.gov.br/licenciamento>. Acesso em: 05 jun. 2014.

²⁰¹ Cf. nota de rodapé 193.

condão de, simultaneamente, garantir para os administrados uma atuação transparente e imparcial do poder público e fornecer ao ente licenciador uma base informacional mais abrangente e segura, incrementando a legitimidade do ato final²⁰².

Com efeito, o devido processo começa pela obediência formal ao procedimento discriminado prévia e abstratamente. Regras sobre prazos, competência, estudos obrigatórios, dentre outras, devem sempre ser obedecidas. E, se por algum motivo excepcional não o forem, seu descumprimento deve ser amplamente motivado e, na medida do possível, compensado por medida similar. Do contrário, o vício determinará a nulidade da licença.

Mas não é só isso. O devido processo formal deve ser complementado e, não raras vezes, sobreposto pelo devido processo substantivo. Sobre o ponto, Luiz Guilherme Marinoni consegue simplificar e, ao mesmo tempo, avançar na questão ao reconhecer que não se trata de extrair uma proteção material de normas processuais. Cuida-se, tão-somente, de zelar para que haja um processo justo, orientado por princípios como o da colaboração, da paridade de armas e da motivação²⁰³. A proteção material no Brasil se dá por princípios próprios, ao contrário da tradição estadunidense²⁰⁴.

Sem pretensão de avançar demais nesse tema, a ideia do processo justo deve ser incorporada ao âmbito do licenciamento ambiental. Não raras vezes se tem notícia, por exemplo, de realização protocolar de audiência pública, sem que o órgão ambiental leve em consideração na tomada de decisão as críticas e sugestões ali suscitadas²⁰⁵. De fato, formalmente o requisito foi cumprido. Substantivamente, porém, não se viabilizou efetivamente à população interessada ou até mesmo outros órgãos públicos intervirem²⁰⁶.

²⁰² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 516 et seq.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, pp. 615-81.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 616.

²⁰⁵ Sobre a necessidade de realização de audiência pública no processo de licenciamento, cf. o item 2.4 desta dissertação.

²⁰⁶ Durante a instalação da Usina Hidrelétrica de Santo Antônio, apresentou-se projeto básico complementar alternativo (PBCA) para elevação da cota do reservatório de 70,5 metros para 71,3 metros. Realizada audiência pública pelo IBAMA, a Justiça Federal de Rondônia, através da ação civil pública 0001339-57.2014.4.01.4100, declarou a nulidade do ato por violação ao devido processo legal substantivo. Em cognição sumária, constatou-se que a população envolvida não teve efetiva oportunidade de participar e influenciar a tomada de decisão, haja vista que a audiência havia sido designada em horário e localização que impossibilitariam a presença da maioria dos interessados.

Diante disso, constatada qualquer violação ao devido processo legal formal (regras de procedimento) ou material (processo justo), estar-se-á frente a uma nulidade, cuja consequência natural é sua invalidação administrativa ou judicial. E, lembre-se, esse vício tem natureza formal, ou seja, independe do conteúdo do ato. Favorável ou contrário ao empreendedor, a invalidade existe e deve ser declarada.

Além disso, há também a hipótese de nulidade material no ato, situação em que a invalidade se dá não mais no procedimento que lhe antecede, mas sim no seu conteúdo. Nessa esteira, o ato administrativo em geral – e a licença ambiental em particular – devem obediência às normas jurídicas que lhe dão substrato. Não se trata apenas de excluir os objetos ilícitos, como se dá no direito privado.

Na esfera pública, ao contrário, a própria manifestação de vontade da administração deve obedecer aos ditames legais prévia e abstratamente fixados. O administrador, até mesmo por não estar lidando com direitos disponíveis próprios, tem uma margem de atuação restringida pelo princípio da legalidade, sendo que qualquer ato que exacerbe esse limite deixa de ser válido, ainda que formalmente hígido.

Há algum tempo, alguns autores vêm defendendo que essa margem de atuação seja delimitada não apenas pelo princípio da legalidade, mas sim pelo que vêm chamando de juridicidade dos atos administrativos. Nesse sentido, Gustavo Binembojm defende a superação do paradigma legalista simples em favor da juridicidade administrativa decorrente da eficácia normativa própria dos princípios constitucionais²⁰⁷.

Diogo de Figueiredo utiliza o termo juridicidade como um gênero dentro do qual se encontrariam a ilegalidade, a ilegitimidade e a ilicitude²⁰⁸. A ilegalidade, segundo o autor, se evidencia pelo simples confronto do ato administrativo com os parâmetros de atuação fixados pelo legislador. A ilegitimidade, por sua vez, surge com o mau uso da discricionariedade administrativa, é dizer, quando o ato não preenche concretamente os anseios sociais depreendidos da densificação da norma no caso concreto. Finalmente, a ilicitude decorre do distanciamento da atividade administrativa dos padrões principiológicos, axiológicos e morais que lhe orientam²⁰⁹.

²⁰⁷ BINENBOJM, op. cit., pp. 142-9.

²⁰⁸ MOREIRA NETO, op. cit., p. 197.

²⁰⁹ Ibid., p. 197-8.

De fato, seja pela legalidade expandida ou juridicidade, a atividade administrativa não é ilimitada e o excesso a torna inválida. Há hipóteses em que esse vício é facilmente constatável. Existem outras, porém, em que o exame de legalidade vai depender do grau de vinculação a que o ato se submete. Isso porque a ilegalidade somente existe se não houver espaço para atuação discricionária da administração (ilegalidade propriamente dita) ou se os limites para essa atuação forem ultrapassados (ilegitimidade). Do contrário, cuidar-se-á de mérito administrativo.

Essa questão está diretamente ligada àquela discutida no capítulo anterior. Na oportunidade, vale lembrar, propôs-se a adoção da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados para conceituar o que se entende por vinculação, discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa e, assim, melhor compreender a noção de graus de vinculação/discricionariedade.

Retomando tais ideias, pode-se afirmar que os conceitos objetivamente compreendidos – aqueles não passíveis de gerar interpretação divergente – tendem a vincular a atividade administrativa. Eventual interpretação distinta caracteriza erro e, portanto, resulta na invalidade do ato, já que a norma extraída do texto legal é de fácil compreensão, sem que haja qualquer distorção potencial.

Uma licença que anua com a construção de uma indústria dentro de uma reserva biológica é evidentemente viciada. Com efeito, o art. 10 da Lei 9.985/00 é bastante claro ao dispor que esse tipo de unidade de conservação tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais. Vê-se, então, que o texto legal não dá margem para interpretação distinta e sua inobservância resulta na nulidade material do ato (ilegalidade).

Problema maior, porém, ocorre no que tange aos conceitos legais que possuem natureza empírica e descritiva, ou seja, aqueles determináveis a partir da observação de objetos cotidianos. Eles são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos, ou seja, são dotados de forte imperativo linguístico, revelado com base no senso comum ou, eventualmente, em conhecimento científico.

Novamente, o papel do intérprete é mais revelador da norma e menos produtor interpretativo da mesma. Porém, nesse caso, a revelação é mais difícil e admite divergência, notadamente pela limitação humana na atividade de extrair a solução ótima para determinar o conceito jurídico²¹⁰. O ponto se liga diretamente à questão da legitimidade, é dizer, do correto

²¹⁰ ENTERRÍA, op. cit., p. 393.

exercício da atividade administrativa de determinar o conceito jurídico²¹¹. Não tendo o poder público o feito a contento, pode-se também falar em nulidade material do ato²¹².

A contenda é cotidiana, em especial ao se perceber, por exemplo, divergências entre especialistas com relação à extensão dos impactos ambientais de empreendimentos significativamente poluidores. Mas, admitida a viabilidade de se identificar uma determinação ótima para o conceito jurídico, eventual interpretação distinta dessa conduz também à invalidade material do ato sob exame. É dizer, existindo uma única interpretação correta para aquele conceito jurídico indeterminado, qualquer outra conduz à nulidade material do ato.

Há uma situação recorrente cujo conflito é de difícil solução. Nesse diapasão, instaurado eventual divergência técnica, qual conclusão deve prevalecer? Maria Sylvia Zanella di Pietro, com fulcro na teoria do erro manifesto criada pelo Conselho de Estado da França, propõe que se dê prevalência à presunção de legitimidade do ato administrativo, exceto na hipótese de equívoco de fácil constatação²¹³.

A proposta é interessante, mas pode-se avançar um pouco para admitir, também, a preferência pela manifestação técnica mais bem fundamentada. Nesse sentido, fala-se muito do princípio da motivação no que se refere ao exercício da discricionariedade administrativa²¹⁴. Nada impede, porém, a aplicação da mesma lógica para a discricionariedade técnica.

Naturalmente, o responsável por concluir qual parecer técnico deve prevalecer – administrador ou juiz – não tem, em regra, conhecimento técnico para verificar qual fundamentação é mais adequada. Contudo, alguns parâmetros servem de referência para tal análise, como citações de obras doutrinárias especializadas, precedentes similares, coerência de raciocínio etc.

Há critério, porém, que não pode servir para tanto, qual seja, o argumento de autoridade, como a prevalência de um laudo de perito judicial ao simples argumento de equidistância entre as partes. Até mesmo porque, não sendo possível precisar qual

²¹¹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 198.

²¹² Diferente é a hipótese em que o administrador é instado a fazer uma ponderação subjetiva de elementos hierarquicamente coordenados. Esse é o ramo próprio à discricionariedade administrativa e, eventualmente, pode dar ensejo à revogação (cf., nesta dissertação, o item 3.6).

²¹³ DI PIETRO, op. cit., nota 141, pp. 488-9.

²¹⁴ ARAGÃO, op. cit., pp. 79-81; MEIRELLES, op. cit., pp. 101-4; e GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 23-4.

manifestação técnica é mais bem motivada, impõe-se manter a presunção de legitimidade do ato administrativo.

Um exemplo desse tipo de nulidade é o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, em 06/12/2011, do recurso especial 1.279.607/PR. O Ministério Público Federal e outros legitimados extraordinários propuseram diversas ações civis públicas impugnando a dispensa de EIA/RIMA no licenciamento de obras e atividade de transporte aquaviário no rio Paraná pelo IBAMA, notadamente no que tange ao derrocamento de rochas subaquáticas.

Deferida a liminar em 1ª instância, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento para reconhecer que a exigência ou não do EIA/RIMA figura no âmbito da discricionariedade²¹⁵ da autarquia ambiental. O STJ, então, reformou essa decisão, fazendo expressa referência à teoria dos conceitos indeterminados e à existência de uma única escolha possível. Pela pertinência, vale a leitura de pequeno trecho do voto do Min. Mauro Campbell Marques:

É de pelo menos muito duvidosa a afirmação, feita peremptoriamente no acórdão recorrido em corroboração ao que disse o DNIT, ora recorrido, de que os atos praticados no âmbito do licenciamento ambiental são marcados por alta discricionariedade administrativa.

Se isso é correto em face de alguns atos, trata-se de conclusão inteiramente inadequada em face de outros. É que o simples utilização de conceitos indeterminados não é suficiente para conferir a qualquer escolha administrativa a correção. Ao contrário, a utilização deste tipo de técnica de construção normativa tem por escopo possibilitar que a Administração identifique, na análise casuísticas, qual é a *melhor escolha* - que, por ser a melhor, é única.

Na oportunidade, a 2ª Turma do STJ não adentrou no mérito de ser ou não imprescindível a elaboração do EIA/RIMA. Apenas anulou o acórdão do TRF4 para que o Tribunal *a quo* fizesse essa análise, ou seja, determinasse no caso concreto o conceito de “significativo impacto ambiental”²¹⁶.

Enfim, a invalidade material pode se dar tanto no que tange aos conceitos objetivamente compreendidos, como também na interpretação daqueles determináveis empírica e descritivamente, em especial no âmbito da discricionariedade técnica, hipótese em que se pode falar em uma única decisão correta²¹⁷. Mas, reiterar-se, nesse último caso o ônus

²¹⁵ Apesar do TRF4 não ter utilizado essa expressão, parece que estava se referindo à discricionariedade técnica na determinação do conceito de “significativo impacto ambiental”.

²¹⁶ Posteriormente, sem se manifestar sobre a questão, o TRF4 julgou prejudicado o recurso, pela superveniência de sentença de mérito.

²¹⁷ Andreas Krell, ao distinguir os aspectos cognitivos e volitivos do ato administrativo, parece seguir entendimento similar ao que aqui se propõe (KRELL, op. cit., nota 136, pp. 58-63).

argumentativo pende em favor do ato administrativo, ou seja, sua presunção de legitimidade somente se afasta mediante densa motivação.

A invalidação opera, em regra, efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à data do ato fulminado²¹⁸. Isso porque o ato nulo a princípio não poderia gerar obrigações para quaisquer das partes, não criaria situações jurídicas definidas, nem estaria sujeito a ser convalidado²¹⁹. A ideia é que o ato posterior que declara a nulidade do primeiro busque, na medida do possível, retornar ao *status quo*.

Essa regra geral naturalmente está sujeita a exceções. José dos Santos Carvalho Filho afirma, com efeito, que os direitos de terceiros de boa-fé devem ser resguardados da esfera de incidência desse desfazimento²²⁰. Alexandre Aragão acrescenta, ainda, a necessidade de observância ao princípio da segurança jurídica na análise da eficácia do ato anulatório, como contraponto à retroação irrestrita de seus efeitos²²¹.

De fato, ainda que se concorde com a regra geral acima fixada (eficácia *ex tunc*), cabe ao poder público empreender, no momento da declaração de nulidade do primitivo ato, um sopesamento dos interesses diretamente afetados por essa medida. Cuida-se de uma potencial modulação dos efeitos da invalidade à luz de variáveis exógenas²²². Em suma, o ato é declarado nulo mas, por motivos de segurança jurídica, seus efeitos são mantidos.

Diferente situação é aquela em que o ato inicialmente inválido é convalidado, ou seja, tem sanado seu defeito e passa, a partir de então, a ser juridicamente perfeito. A convalidação dos atos nulos no direito administrativo é objeto de amplo debate. Parte da doutrina defende que, não havendo atos administrativos anuláveis, não cabe convalidação de qualquer

²¹⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 160.

²¹⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 207.

²²⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 160.

²²¹ ARAGÃO, op. cit., p. 172.

²²² *Ibid.*, p. 173.

invalidez²²³. Outros autores, por sua vez, admitem tal sanatória²²⁴, tese com ganhou reforço substancial com a edição da Lei 9.784/99²²⁵.

Há décadas atrás, Seabra Fagundes já alertava para a deficiência e falta de sistematização dos textos de direito administrativo, que embaraçavam a construção de uma teoria geral das nulidades na esfera pública²²⁶. Essa dificuldade se potencializa ainda mais pela necessidade de se recorrer, no tema, a regras próprias de direito privado, que nem sempre respeitam à lógica publicística.

Seguindo o mesmo raciocínio, José dos Santos Carvalho Filho explica que as invalidades no direito civil adotam um esquema dicotômico²²⁷, composto por nulidades²²⁸ e anulabilidades²²⁹. São duas as características principais que lhes diferenciam: em primeiro lugar, a nulidade não admite convalidação, ao passo em que a anulabilidade sim. Ademais, aquela pode ser declarada de ofício, sendo que esta depende de arguição pela parte prejudicada.

A adaptação desse regime de invalidez ao direito administrativo divide a doutrina em duas correntes. De um lado, a teoria monista propõe que, na esfera pública, qualquer invalidez produz os efeitos próprios dos atos nulos²³⁰. De outro, a dualista transporta ambas

²²³ GASPARINI, op. cit., pp. 116-7.

²²⁴ MOREIRA NETO, op. cit., pp. 215 et seq.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 449 et seq.; e MELLO, op. cit., nota 86, p. 478.

²²⁵ Lei 9.784/99, 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.

²²⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 52.

²²⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 152.

²²⁸ CC, Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

²²⁹ CC, Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

²³⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 208; e GASPARINI, op. cit., p. 113.

as categorias – nulidade e anulabilidade – para abranger também os vícios do ato administrativo²³¹.

Há, outrossim, aqueles autores que propõem a construção de uma teoria da nulidade própria à administração pública, sem necessária vinculação com a terminologia utilizada no direito civil. Para eles, a invalidação do ato administrativo conta com peculiaridades próprias que dispensam a importação das referidas categorias civilísticas, por absoluta inutilidade das mesmas²³².

Ao contrário da disposição do Código Civil, que prévia e abstratamente já delimita as hipóteses de nulidade e anulabilidade, parece que o direito administrativo se amolda melhor a uma única espécie de invalidade (teoria monista), cujas consequências serão depreendidas a partir de exame das circunstâncias casuísticas, dentro de algumas categorias que se pode desde já elencar.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho subdivide os graus de invalidade do ato administrativo em cinco categorias: (1) irregularidade irrelevante; (2) irregularidade suprável; (3) nulidade relativa; (4) nulidade absoluta; e (5) inexistência jurídica²³³. A primeira se refere à desconformidade que não tem relevância jurídica. Na segunda, existe um defeito sanável, sem que esse acarrete lesão a valor ou interesse jurídico.

No que tange à nulidade relativa, o defeito lesiona interesses disponíveis de sujeitos específicos, demandando provocação destes para sua declaração. Por sua vez, a nulidade absoluta não requer essa manifestação, por cuidar de interesses indisponíveis. Por fim, a inexistência advém da ausência dos requisitos mínimos à qualificação do ato como jurídico e se traduz como o maior grau de invalidade possível.

Com efeito, parece que a necessidade ou não de arguição do vício – predicado distintivo da nulidade e anulabilidade – não pode ser aplicada na esfera pública. Nesse âmbito, o poder-dever da administração de anular seus atos decorre não só do princípio da legalidade que lhe orienta genericamente, como de expressa previsão legal específica (art. 53 da Lei 9.784/99). Com isso, dificilmente verificar-se-á a nulidade relativa como acima descrita.

²³¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 153; e MARINELA, op. cit., p. 253.

²³² DI PIETRO, op. cit., nota 163, p. 228; MELLO, op. cit., nota 86, p. 465; e FAGUNDES, op. cit., p. 58.

²³³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 434.

Assim, em se tratando de licenciamento ambiental, além da inexistência jurídica que é caracterizada pela ausência de requisitos essenciais ao ato, as invalidades se dividirão basicamente em irregularidade suprível – passível de convalidação – e nulidade absoluta, que não admite essa medida. A distinção ente elas dar-se-á a partir da constatação ou não de violação a direitos constituídos.

Outra hipótese de convalidação do ato inválido decorre do decurso do tempo. Ainda em 1987, Almiro do Couto e Silva escreveu substancioso artigo científico através do qual criticou a sobrevalorização do princípio da legalidade em face do princípio da segurança jurídica. Na oportunidade, escreveu o seguinte:

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou Direitos Subjetivos.²³⁴

Alguns julgados, desde então, já faziam essa ponderação, mas sem qualquer fundamento normativo que lhe desse lastro²³⁵. Nesse sentido, a edição da Lei 9.784/99 corresponde a um marco jurídico sobre o tema, ao passo em que fixou um prazo decadencial de cinco anos para que o órgão competente anule seus atos inválidos²³⁶. Transcorrido este lapso, convalida-se o mesmo pelo simples decurso do tempo²³⁷. Portanto, mesmo o

²³⁴ SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 46, out. 1987, p. 11.

²³⁵ *Ibid.*, p 12.

²³⁶ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

²³⁷ Para os atos anteriores a edição da lei, o STJ fixou o entendimento de que o prazo começa a fluir a partir da data de sua publicação, ou seja, 29 de janeiro de 1999 (MS 9.112/DF, Corte Especial, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005).

licenciamento eivado de algum vício, até mesmo nulidade absoluta, fica sanado se passados mais de cinco anos sem providência pelo poder público para declarar a referida invalidade²³⁸.

3.6 Revogação

A última espécie de revisão das licenças ambientais é, certamente, aquela que traz mais incerteza jurídica, tanto com relação às causas que lhe dão ensejo quanto aos efeitos dela advindos. Diogo de Figueiredo conceitua revogação como o desfazimento discricionário de um ato administrativo, o resultado de uma reavaliação do mérito²³⁹.

Esse conceito é integralmente transplantado para o direito ambiental, no que se refere ao tema ora analisado²⁴⁰. Destarte, tem-se que a possibilidade de revogação das licenças ambientais está intimamente ligada à natureza jurídica que se lhes atribui, conforme já esposado no último item do capítulo anterior. Para aqueles que tomam o instituto como um ato vinculado – uma licença propriamente dita – não há que se falar em revogação. Ao contrário, aqueles que entendem se tratar de ato discricionário – verdadeira autorização – certamente admitem esse tipo de revisão.

Não por outro motivo, Antônio Inagê de Assis Oliveira afirma expressamente que essa figura não deve ser empregada em relação às licenças ambientais, uma vez que não está se tratando de um ato discricionário, mas vinculado, que gera direitos para os administrados²⁴¹. E esses direitos, segundo afirma, devem ser respeitados. Paulo Affonso Leme Machado, por outro lado, admite-a caso haja grave risco à saúde pública e/ou ao meio ambiente, mesmo durante o prazo de vigência da licença²⁴².

²³⁸ No âmbito da responsabilidade civil, a jurisprudência afasta a incidência de prescrição da pretensão reparatória/indenizatória dirigida em face do causador de dano ambiental, ante a natureza indisponível do bem jurídico tutelado (STJ, REsp 1.056.540/GO, 2ª Turma, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ 14/09/2009). Esse raciocínio não pode ser transplantado indiscriminadamente para se negar a convalidação temporal dos atos administrativos que visam à proteção/preservação do meio ambiente. No entanto, cuida-se de questão que demanda reflexão.

²³⁹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 207.

²⁴⁰ FARIAS, op. cit., pp. 155-6; e MARCHESAN, op. cit., p. 113.

²⁴¹ OLIVEIRA, op. cit., nota 106, p. 60.

²⁴² MACHADO, op. cit., pp. 337-8.

De fato, não só no âmbito do direito ambiental mas como regra geral, a noção de revogação sempre esteve associada à discricionariedade do ato. Nesse sentido, tanto a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal²⁴³ como o art. 53 da Lei 9.784/99²⁴⁴ servem de parâmetro de exame, ao disporem que a administração deve anular seus atos inválidos e pode revoga-los por motivo conveniência e oportunidade.

Andreas Krell é um dos autores que se afasta dessa análise dicotômica, admitindo que a complexidade das variáveis envolvidas não pode ser reduzida a uma fórmula pré-concebida em que ato discricionário é revogável e ato vinculado não²⁴⁵. Ressaltando a crise da reserva de lei formal, o professor alemão propõe a existência de uma margem de atuação administrativa que não é inteiramente vinculada ou discricionária, mas que se delimita de acordo com princípios constitucionais e circunstâncias do caso concreto²⁴⁶.

Estudo similar, com ainda mais profundidade, foi empreendido por Carla Amado Gomes em sua dissertação de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, intitulada “Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente”²⁴⁷. No direito português, o Código de Procedimento Administrativo (CPA) traz expressa regulamentação do tema, nos seguintes termos:

Artigo 140. Revogabilidade dos actos válidos

1 - Os actos administrativos que sejam válidos são livremente revogáveis, excepto nos casos seguintes:

- a) Quando a sua irrevogabilidade resultar de vinculação legal;
- b) Quando forem constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos;
- c) Quando deles resultem, para a Administração, obrigações legais ou direitos irrenunciáveis.

2 - Os actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos são, contudo, revogáveis:

- a) Na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários;
- b) Quando todos os interessados dêem a sua concordância à revogação do acto e não se trate de direitos ou interesses indisponíveis.

²⁴³ STF, Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

²⁴⁴ Lei 9.784/99, Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

²⁴⁵ KRELL, Andreas Joachim. Licença ou autorização ambiental? Muita discussão em torno de um falso dilema. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 49, p. 56, jan. 2008, pp. 8-9.

²⁴⁶ Especificamente com relação ao processo de licenciamento, Krell identifica o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) como um parâmetro para a fixação desses limites para a atuação do poder público (KRELL, op. cit., nota 136, pp. 177-9).

²⁴⁷ GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*. 1997. 572 f. Dissertação de doutoramento – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.

Verifica-se, portanto, que o CPA português adota uma linha bastante protetiva dos administrados. Somente é possível revogar o ato constitutivo de direito – conceito dentro do qual se enquadra a licença ambiental – se a providência for favorável ao interessado ou, alternativamente, se contar com sua expressa concordância. A autora não nega validade ao texto legal, mas lhe confere interpretação menos literal-restritiva, notadamente ante a instabilidade fático-jurídica que permeia a relação subjacente.

Com efeito, a ideia de sociedade de risco foi tratada com maestria por Ulrich Beck. Para o sociólogo alemão, “*riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada*”²⁴⁸. Em outras palavras, o risco é uma consequência inevitável da sociedade moderna que, por seu turno, deve se adaptar para lidar com essa incerteza e imprevisibilidade dele proveniente.

Não se mostra adequado, então, atribuir uma estabilidade irrestrita a um ato que pretende regular relações jurídicas marcadamente instáveis, típicas dessa incerteza moderna. Também não se pode simplesmente negar essa característica de permanência a tais relações, sob risco de desvirtuamento das bases fundacionais do atual ordenamento, cujas consequências seriam profundas e indesejadas. É exatamente esse ponto de equilíbrio que há séculos se busca alcançar.

3.6.1 A teoria da imprevisão

Sob a ótica privatística, o tema vem inserido na discussão da chamada cláusula *rebus sic stantibus*. Com efeito, fazendo profundo apanhado histórico, Nelson Borges explica que o Código de Hamurabi, primeira lei escrita de que se tem conhecimento, já continha previsão acerca das consequências da imprevisibilidade sobre os negócios jurídicos, ainda restrita às hipóteses de caso fortuito e força maior²⁴⁹.

A cláusula propriamente dita teve sua gênese no direito romano, mas foi no período medieval, notadamente por influência da moral cristã, que se consolidou como um instrumento de manutenção das condições originais pactuadas, em oposição à rigidez literal do contrato: *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic*

²⁴⁸ BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo global*. Madrid: Siglo, 2000, p. 5.

²⁴⁹ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 111.

stantibus intelliguntur (os contratos que têm trato sucessivo e dependência do futuro devem conservar seu estado de criação)²⁵⁰.

A Revolução Francesa, notoriamente influenciada pelo racionalismo iluminista, marcou o apogeu do *pacta sunt servanda* e o declínio da cláusula *rebus sic stantibus*. Isso se percebe pela própria redação do art. 1134 do Código Napoleônico de 1804²⁵¹, de cunho extremamente liberal. Naquele contexto histórico, clamava-se por uma resposta enérgica à superintervenção estatal-religiosa sobre a esfera privada, de tal sorte que as cláusulas contratuais assinadas livremente ganharam contornos praticamente absolutos.

Na virada do século XX, a imutabilidade das relações jurídicas consolidadas era princípio inquebrantável, resultado de uma hipervalorização do contrato privado como instrumento de autorregulação social²⁵². Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o advento da primeira guerra mundial fez renascer o velho e salutar preceito contido na cláusula *rebus sic stantibus*. Reapareceu com roupagem nova, sob as vestes de teoria da imprevisão. Esforça-se em que a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes e que tornam o contrato ruinoso para uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado²⁵³.

No Brasil, atribui-se a Nelson Hungria, atuando em 1930 como juiz de primeira instância, o resgate dessa cláusula. Ainda que sua decisão tenha sido reformada pelo TJRJ, serviu de fundamento para a posterior guinada jurisprudencial conduzida, em especial, pelo julgamento, em 1938, do RE 2.675 pelo Supremo Tribunal Federal²⁵⁴. Atualmente, ao menos no âmbito contratual e guardadas ressalvas quanto a sua extensão, não há dúvida sobre o cabimento em certos casos dessa cláusula/teoria²⁵⁵.

²⁵⁰ Ibid., p. 111-2.

²⁵¹ “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*” (Os acordos concluídos legalmente em uma lei para aqueles que o fazem. Eles só podem ser revogados por mútuo consentimento ou por causas que a lei permite. Eles devem ser realizados de boa-fé. Tradução livre). Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t03.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁵² GOMES, op. cit., p. 454.

²⁵³ MELLO, op. cit., nota 86, p. 658.

²⁵⁴ Cf. o inteiro teor das decisões em BORGES, op. cit., nota 249, pp. 785-7 e 790-801.

²⁵⁵ O Código Civil de 2002, ao contrário do de 1916, contém expressa previsão acerca da teoria da imprevisão: “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e

Na seara pública, em especial do direito administrativo, essa mesma noção também se incorporou sob o nome de teoria da imprevisão, que mitigou a intangibilidade do ato jurídico perfeito até então prevalente. Nesse sentido, a dinâmica da sociedade moderna mostrou a impossibilidade de previsão de todos os fatos jurídicos, bem como da especificação dos efeitos deles advindos.

A partir disso, o reconhecimento do cenário de incerteza que permeia as relações continuadas impôs a construção de instrumentos que viabilizassem a adequação às situações não previstas inicialmente. Esse raciocínio levou Carla Amado Gomes a propor a substituição do dogma da estabilidade do ato administrativo por aquilo que denominou de princípio da atualidade. Vale a leitura de trecho da citada dissertação:

A estabilidade do acto administrativo, tão prezada na época liberal, entra em crise com o intervencionismo económico e colapsa definitivamente com a consciencialização do fenómeno do risco tecnológico, maxime em domínios como a saúde pública, a biotecnologia, o ambiente. A realidade mutante que serve de base à emissão de actos, à elaboração de regulamentos, à celebração de contratos, força a despedida do mito da intangibilidade, ficando tais actos permeáveis à alteração dos pressupostos de facto nos quais a sua conformação administrativa assentou. A um princípio de intangibilidade do acto administrativo opõe-se agora — pelo menos em cenários eivados de incerteza — um princípio de actualização. [...]

O acto constitui, assim, o último bastião de resistência à necessidade adaptativa da actuação administrativa a novas circunstâncias. Conforme se diagnosticou supra - na sequência, aliás, de mais qualificadas manifestações doutrinárias -, o regime da revogação do acto administrativo, que presentemente encontra abrigo nos artigos 140º e 141º do CPA, constitui um obstáculo de monta ao objectivo de adaptação do acto autorizativo - 'acto constitutivo de direitos' por excelência - às novas circunstâncias de risco eventualmente surgidas após a sua emissão, ou às novas tecnologias disponibilizadas para fazer face a riscos já conhecidos e mais eficazes na sua minimização. [...]

A competência de revisão tem o seu paralelo, não no poder de modificação unilateral, mas antes na teoria da imprevisão, que o Código Civil, encorajado pelo Direito Administrativo, despertou de um sono de séculos e fez ascender à categoria de princípio geral de Direito [...].²⁵⁶

Realmente, o princípio da atualidade, nos limitados termos em que proposto, mostra-se mais adequado a orientar as relações jurídicas cuja dinâmica lhes seja característica. É o caso do licenciamento ambiental. Nessa esfera, como aliás no direito ambiental de uma forma geral, a incerteza é atributo indissociável, resultado da incapacidade humana de compreender inteiramente o funcionamento da natureza.

Esse chamado princípio da atualidade, que se opõe à estabilidade irrestrita dos atos administrativos, soma-se à equidade e à boa-fé como fundamentos éticos-jurídicos que

imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

²⁵⁶ GOMES, op. cit., pp. 477-80.

justificam axiológica e normativamente a incidência da teoria da imprevisão também na esfera pública e, em especial, no âmbito da revogação das licenças ambientais.

No entanto, se a vetusta cláusula *rebus sic stantibus* era aplicada sem grande rigor técnico, simplesmente à luz de modificação das condições inicialmente pactuadas, a moderna teoria da imprevisão surgiu acompanhada de diversos requisitos para sua configuração. A nova parametrização é salutar e visa a encerrar a histórica oposição entre liberdade (*pacta sunt servanda*) e justiça contratual (*rebus sic stantibus*), entre estabilidade e atualidade das relações jurídicas, ou seja, regulamentando a simultânea convivência de preceitos *a priori* mutuamente excludentes.

É dizer, a elaboração de requisitos mais rígidos para a modificação das condições iniciais pactuadas garante ao credor que as cláusulas acordadas não serão superadas por qualquer motivo. Assegura ao devedor, também, que em determinadas circunstâncias não se lhe exigirá o adimplemento de obrigações desproporcionais ao literal argumento de que o contrato faz lei entre as partes. No licenciamento, viabiliza a atuação do órgão ambiental sem descuidar de um certo nível de segurança que se deve certificar ao empreendedor.

Com efeito, pode-se elencar seis requisitos genéricos que, uma vez preenchidos, dão ensejo à aplicação da teoria da imprevisão: (1) imprevisibilidade; (2) ausência do estado moratório; (3) lesão virtual; (4) essencialidade; (5) inimputabilidade; e (6) excessiva onerosidade e extrema vantagem²⁵⁷. Como se verá abaixo, nem todos esses são cabíveis no que tange à revogação das licenças ambientais.

O primeiro pressuposto (imprevisibilidade) é o coração da teoria. Entende-se por evento imprevisível todo fato jurídico cuja ocorrência não era possível antever (caso fortuito) ou, mesmo que se pudesse prever, não havia como evitar sua efetivação (força maior). Vale salientar que essa situação não pode ser examinada subjetivamente, mas sim objetivamente, a partir de um padrão de comportamento razoavelmente esperado. Daí porque se referir a evento imprevisível, e não imprevisto²⁵⁸.

Somente a partir da ocorrência de um fato ulterior²⁵⁹ e imprevisível que se pode falar em aplicação da teoria da imprevisão. Mas, vale salientar, essa característica deve ser examinada à luz da base informacional que se dispunha no momento inicial. Assim, por

²⁵⁷ BORGES, op. cit., nota 249, p. 298.

²⁵⁸ GASPARINI, op. cit., p. 673.

²⁵⁹ O conceito de fato novo, aqui tomado em sua acepção ampla, é delimitado do subitem 3.6.3.

exemplo, as consequências da publicação de uma lei nova são perfeitamente identificáveis, mas a edição da lei em si muitas vezes não é esperada por ocasião do ato primitivo.

A ausência do estado moratório é própria à esfera contratual e não tem aplicação no que tange à revogação das licenças ambientais. Isso porque não cabe imputar mora ao poder público que, exercendo seu poder de polícia, age de acordo com suas condições materiais e humanas. Da mesma forma, eventual mora nas obrigações do empreendedor caracterizaria hipótese de cassação, tornando desnecessária qualquer outra análise de revisibilidade.

O terceiro requisito (lesão virtual) é de extrema importância. Cuida-se de compreender que o dano ao meio ambiente deve ser prospectivo, iminente, ainda não ocorrido. Em se tratando de lesão já concretizada e sem risco de agravamento, a contenda se resolverá no âmbito da responsabilidade civil. Daí porque a revisibilidade das licenças ambientais, tal como o próprio licenciamento, tem caráter eminentemente preventivo.

O quarto pressuposto (essencialidade) é intuitivo e se refere ao impacto não periférico que o fato novo e imprevisível tem sobre o ato primitivo. Não se pode pensar em revogação de uma licença ambiental, por exemplo, a partir da inviabilidade de cumprimento de uma condicionante de pouca importância, que não afeta substancialmente as características do empreendimento e seus impactos sobre o meio ambiente. Nesse caso, adequada será a modificação dessa condicionante, e não a revogação de toda a licença²⁶⁰.

A inimputabilidade e a excessiva onerosidade e extrema vantagem são requisitos também próprios aos contratos, mas que não se aplicam no que tange à hipótese aqui sob exame. A inimputabilidade, ou seja, a não imputação do fato novo àquele que o alega, vai modificar o cabimento ou não de indenização pela revogação²⁶¹, mas a viabilidade da revisão decorre da necessidade solidária de proteção do meio ambiente, independente de quem tenha dado causa a essa atuação do órgão público.

A excessiva onerosidade e extrema vantagem são conceitos afetos à lógica privada, em que se admite eventual desproporção não exagerada das obrigações em respeito à liberdade individual de contrai-las. No âmbito público, em especial no que tange ao direito ambiental, busca-se um equilíbrio dos diversos interesses envolvidos, cujo distúrbio deve ser na medida do possível evitado e corrigido, independentemente de ser excessivo ou não.

²⁶⁰ Cf. a argumentação e exemplos constantes no item 3.3, que trata exatamente de modificação das licenças ambientais.

²⁶¹ Sobre o ponto, cf. o item 3.7 desta dissertação.

Dito isso, ocorrido um fato ulterior e imprevisível, essencial para a modificação da relação jurídica subjacente, que leve o empreendimento a potencialmente causar impactos não admitidos ao meio ambiente, tem-se espaço próprio à aplicação da teoria da imprevisão. Esta, por sua vez, desde que cumpridos os demais requisitos abaixo examinados, determina a viabilidade de revogação, em tese, de uma licença ambiental válida e vigente.

3.6.2 O princípio da supremacia do interesse público

No Brasil, ao contrário de Portugal por exemplo, não há norma legal que regule especificamente a matéria, salvo em termos genéricos o já citado art. 53 da Lei 9.784/99. Nem mesmo o art. 19 da Resolução 237/97 do CONAMA se mostra suficiente a tanto, no que pese já antever algumas hipóteses de revogação.

Não obstante essa omissão normativa, a doutrina é uníssona em admitir tal espécie de revisão²⁶². Mesmo autores que defendem a plena vinculação do ato, como Rodrigo Bernardes Braga²⁶³ e Antônio Inagê de Assis Oliveira²⁶⁴, ainda assim admitem sua revogação em situações excepcionais. O fundamento normalmente suscitado, porém, diverge um pouco daquele examinado no item anterior.

Se, por um lado, afirmou-se alhures que a revogação se legitima primeiramente no princípio da atualização, corolário da teoria da imprevisão importada para o direito público, a doutrina brasileira em sua maioria busca o fundamento de validade desse tipo de revisão no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular²⁶⁵. O mesmo se diga da jurisprudência²⁶⁶.

Com explica Daniel Sarmiento, a supremacia e indisponibilidade do interesse público são repetidamente apontados como pilares em que se sustenta o direito administrativo e, em

²⁶² Nesse sentido, MILARÉ, op. cit., pp. 207-8; FARIAS, op. cit., pp. 153-6; MARCHESAN, op. cit., pp. 113-8; MACHADO, op. cit., pp. 337-8; ARAÚJO, op. cit., pp. 136-8; e SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. A revogação da licença ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 53, p. 187, jan. 2009, pp. 13-4.

²⁶³ BRAGA, op. cit., pp. 5-9.

²⁶⁴ OLIVEIRA, op. cit., nota 106, pp. 63-5.

²⁶⁵ Cf., dentre outras, as obras citadas na nota de rodapé 262.

²⁶⁶ Por exemplo, STJ, 2ª Turma, RMS 18.349, Relator Min. Humberto Martins, DJ 23/08/2007; e TJMG, 4ª Câmara Cível, AC 4597461-83.2008.8.13.0079, Relatora Des. Ana Paula Caixeta, DJ 26/02/2013.

última instância, a própria ideia de Estado como regulador da vida em sociedade²⁶⁷. Tais princípios são utilizados para justificar inúmeras prerrogativas detidas pela administração pública na qualidade de tutora e guardiã da coletividade²⁶⁸.

Historicamente, porém, essa premissa é desvirtuada para atender não aos anseios coletivos, mas sim dos detentores do poder, que se apropriam dessa máxima em proveito próprio. Sobre essa constatação pretérita, Sueli Solange Capitula faz interessante divisão didática das diversas fases desse princípio, dentre as quais realça as seguintes: (1) fase absolutista, caracterizada pelo interesse prevalente dos reis e faraós; (2) fase cristã, em que se buscava o ideário de “bem comum”²⁶⁹; e (3) fase liberal, na qual predominavam os interesses da burguesia²⁷⁰.

Já na modernidade, esse princípio serviu de fundamento para o absolutismo estatal, inclusive representando a matriz teórica dos grandes sistemas políticos totalitários: o nazifascismo e o socialismo. Em escala mais branda, funcionou também como parâmetro para a defesa de uma discricionariedade administrativa irrestrita, não raras vezes chegando à arbitrariedade estatal.

Com efeito, o século XX foi marcado pelo advento de novas teorias morais e jurídicas que se notabilizaram pela promessa de convivência entre a liberdade formal do indivíduo e a atuação estatal como regulador e promovedor dos direitos sociais (igualdade) e difusos (solidariedade) então emergentes. E, para tanto, a ideia de supremacia do interesse público também deveria ser revisitada.

A constatação de que a noção de interesse público permanece, seja em maior ou menor escala, sendo utilizada de forma desvirtuada, como legitimação para atividades que não visam propriamente à consecução da finalidade declarada, levou a uma resposta da ciência jurídica, em especial da doutrina constitucional, à altura do problema. Nesse sentido, alguns autores

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 24.

²⁶⁹ Coloca-se o termo entre aspas pela dificuldade de conceituar o que se entende por bem comum. Um dos maiores expositores do tema à época foi, certamente, São Tomás de Aquino em sua multicitada *Summa Theológica*. Sobre o assunto, cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. *Revista Jurídica Virtual*, n. 13, Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/princ-etico.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁷⁰ CAPITULA, Sueli Solange. Interesse público – princípio constitucional implícito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 17, p. 170, out. 1996, pp. 2-5.

vêm defendendo a inexistência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado.

Dentre eles, Daniel Sarmento nega peremptoriamente qualquer escala de preempção do interesse público, nem mesmo como ponto de partida para uma ulterior ponderação de valores envolvidos:

Estas particularidades, dentre outras, revelam com eloquência que, na tábua de valores constitucionais, os direitos fundamentais despontam com absoluto destaque e centralidade. Portanto, parece-nos de meridiana clareza que concepções que não atribuem a merecida preeminência a estes direitos – como as subjacentes ao princípio da supremacia do interesse público, seja na sua versão ‘forte’, seja na sua alternativa mais ‘débil’ –, devem ser descartadas, não só porque moralmente perigosas, como também pela sua franca inadequação à ordem constitucional brasileira.²⁷¹

No mesmo sentido, Humberto Ávila também não admite a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o particular. Para ele, o problema se dá no âmbito conceitual, já que não se poderia enquadrar essa noção dentro daquilo que se entende por norma-princípio, ou seja, aquela cuja aplicação se dá mediante concretização gradual, ora maior, ora menor²⁷².

O argumento é convincente. Segundo a moderna hermenêutica constitucional, todo princípio, por maior carga axiológica que traduza, é ponderável com outros que se lhe contraponham e pode ter sua eficácia reduzida, mas nunca suprimida²⁷³. O da supremacia do interesse público, porém, não obedece a essa lógica. Se admitido, sua observância deve ser integral e suprime todos aqueles que lhe são opostos.

De fato, não se pode mais pensar hodiernamente em uma norma-princípio absoluta, intocável. O atual estágio da ciência jurídica, em especial no que tange à reconhecida eficácia direta dos direitos fundamentais²⁷⁴, não admite mais soluções incondicionais e preconcebidas. Estas dependem sempre de exame das circunstâncias do caso concreto à vista dos preceitos constitucionais informadores do Estado Democrático de Direito.

²⁷¹ SARMENTO, op. cit., nota 267, p. 103.

²⁷² ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 99-127.

²⁷³ Id. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 133-7.

²⁷⁴ Sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, notadamente pp. 229 et seq.

Não obstante, reconhecer esse caráter relativo, passível de superação, não significa negar a própria existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Nem mesmo os autores que desconstruem a existência dele no ordenamento jurídico recusam que, em alguma escala, deve-se sobrepor o interesse da coletividade ao individual. É o que se extrai, por exemplo, do seguinte trecho:

Porém, no trato do tema é recomendada redobrada cautela. Se, de um lado, a subordinação dos direitos individuais ao interesse coletivo pode ser a ante-sala para totalitarismos de variados matizes, do outro, a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum.²⁷⁵

A questão não é, portanto, a possibilidade de eventualmente se sobrepor os interesses coletivos aos individuais, mas sim como e em que medida fazê-lo. O esforço argumentativo dessa nova corrente doutrinária, aqui personalizadas por esses dois autores de inegável capacidade técnica (Daniel Sarmiento e Humberto Ávila), tem um principal objetivo: objetar a aplicação do princípio aqui examinado como fundamento para decisões preconcebidas²⁷⁶.

Nesse ponto, independentemente de se concordar ou não com as premissas suscitadas, parece haver um consenso: o Estado contemporâneo, com suas prerrogativas e limitações, já não mais se coaduna com uma concepção absoluta da supremacia do interesse público. Apenas parece exagerada a afirmação de que essa noção – que até então se tinha como um dos pilares do direito administrativo e, afinal, do próprio Estado – não se traduz em um princípio jurídico.

Sobre o tema, Luis Roberto Barroso propôs interessante solução intermediária para a discussão²⁷⁷. Retomando a classificação do italiano Renato Alessi, o professor fluminense subdivide o interesse público em primário e secundário:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma

²⁷⁵ SARMENTO, op. cit., nota 267, p. 28.

²⁷⁶ O próprio Daniel Sarmiento epigrafa seu artigo com uma frase lembrada por Elio Gaspari, constante numa placa pendurada no saguão de delegacia paulista no auge da ditadura militar: “Contra a Pátria não há direitos” (GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 17, *apud* SARMENTO, op. cit., nota 267, p. 23). Cuida-se de uma representação textual daquilo que se procura extirpar do ordenamento jurídico, ou seja, a ideia de que o Estado tudo pode à luz da supremacia do interesse público.

²⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Prefácio*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. vii-xviii.

determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.²⁷⁸

Para ele, então, o secundário não contaria com nenhuma preeminência com relação ao individual, o que não significa que, no caso concreto, ele não venha a prevalecer. Assim, havendo colisão entre direito da pessoa jurídica de direito público e qualquer outro, seja de outro ente público ou de particular, a solução se dará pelas regras hermenêuticas normais. Em se tratando de choque entre direitos de igual hierarquia normativa, ter-se-á espaço para a técnica da ponderação de valores²⁷⁹.

Por outro lado, no que tange ao interesse público primário, Barroso afirma que este goza de presunção de prioridade, não por se cuidar de um superprincípio, mas sim por se caracterizar como um verdadeiro postulado de ponderação, é dizer, o parâmetro pelo qual se analisará os demais interesses envolvidos. E, exatamente por se tratar do critério, não de princípio sujeito ao sopesamento, é que ele seria imponderável²⁸⁰.

Vale ressaltar que o interesse secundário não perde importância ao ser separado do primário. Deve-se sempre ter em mente que, em última instância, aquele é requisito lógico deste. Afinal, não seria possível a execução de políticas ambientais que atendam aos anseios de toda a coletividade se não houvesse verba pública para tanto, o que somente se viabiliza pela atuação do Estado na proteção e formação do erário, desde a arrecadação tributária até a locação de imóvel devoluto.

A grande vantagem dessa proposta é, contudo, atribuir um benefício de ordem às acepções de interesse público. O secundário somente pode se dar se não causar violação ao primário. Isso, aliás, é resultado prático de filosofias morais que orientam o pensamento jurídico atual, como aquelas propostas por Kant²⁸¹ e Rawls²⁸². Assim, a interesse secundário somente será legítimo se não for contrário, direta ou indiretamente, ao primário.

²⁷⁸ Ibid., p. xiii.

²⁷⁹ São inúmeros os casos de confusão entre o interesse público primário e secundário. Por exemplo, ao utilizar verba do Fundo Municipal de Meio Ambiente, que deveria ser destinada para a recomposição de áreas degradadas, para a construção de nova sede para o ICMBio, o Município de Cianorte/PR incidiu nesse tipo de desvirtuamento. Cf. <<http://www.cianorte.pr.gov.br/verNoticia.php?codigo=626&titulo=Cianorte+ganhara+Biblioteca+Ambiental+e+sede+do+ICMBio#.U7FtSUDixsM>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

²⁸⁰ BARROSO, op. cit., p. xv-xvi.

²⁸¹ O segundo imperativo categórico de Kant propõe que se deve agir de tal forma que a humanidade, tanto na sua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo seja considerada como fim, e nunca simplesmente um meio (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 119-148).

Imagine-se, por exemplo, um órgão ambiental que resolva construir sua sede dentro de uma unidade de conservação de proteção integral, cuja intervenção humana não é admitida. A fim de melhorar sua estrutura, dito ente terminaria por violar a próprio direito difuso que tinha por objetivo resguardar. Seria uma indevida sobreposição do interesse secundário em relação ao primário²⁸³.

De qualquer maneira, para que se faça esse exame, impõe verificar o que se entende por interesse público primário. O conceito certamente é de difícil delimitação e envolve aspectos de suma importância para o tema principal aqui estudado²⁸⁴. Sobre o ponto, pode-se citar duas principais teorias: utilitarista e organicista. A primeira apregoa que o interesse público equivale à soma dos interesses particulares. Para a segunda, aquele representaria algo superior e diferente desse somatório, um todo indivisível que a ele não se equipara²⁸⁵.

Na esfera ambiental, é fácil perceber a predominância da teoria organicista, até mesmo pela fase holística atualmente prevalente²⁸⁶. Reconhecer que o interesse público é simplesmente o somatório dos individuais é negar o valor intrínseco do conjunto, as características próprias de uma universalidade de relações jurídicas e não jurídicas que não pode ser cindida.

Isso não significa, porém, que esse interesse público considerado em si mesmo seja necessariamente contraposto ao individual²⁸⁷. Pelo contrário, não raras vezes eles coincidirão em prol de um objetivo único, comum a todos os envolvidos. É o que se dá, por exemplo, no âmbito das normas de proteção do meio ambiente que, afinal, beneficiam simultaneamente a cada um dos indivíduos, bem como ao corpo social como conjunto inseparável.

²⁸² Para Rawls, as liberdades básicas do indivíduo nunca devem ser restringidas, nem mesmo em prol do bem comum (RAWLS, op. cit., pp. 64 et seq.).

²⁸³ Exceção se dá se, com a instalação da sede, houver incremento na fiscalização de forma a compensar o impacto ao meio ambiente inicialmente causado.

²⁸⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 181-2.

²⁸⁵ SARMENTO, op. cit., nota 267, p. 51 et seq. Defendendo a teoria organicista, cf. também MELLO, op. cit., nota 86, p. 59 et seq. Em sentido diverso, afirmando que interesse público é a soma dos interesses privados, cf. BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, v. 15, Salvador, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

²⁸⁶ Sobre a fase holística do direito ambiental, cf. o item 1.1 desta dissertação.

²⁸⁷ KRELL, op. cit., nota 136, p. 130.

Gustavo Binenbojm, à medida em que concorda que o princípio de supremacia tem natureza de postulado normativo, busca associa-lo ao princípio da proporcionalidade como parâmetro de ponderação²⁸⁸. Ao fazê-lo demonstra a dificuldade de, mesmo admitida unanimemente a existência de um interesse público, definir seu conceito. Parece, contudo, apesar da argumentação expendida pelo autor, que se cuidam de preceitos distintos, cada qual com sua esfera de incidência.

Por seu turno, Andreas Krell explica que essa complexidade conceitual decorre do fato de que a noção de interesse público não é propriamente normativa, melhor dito, não é passível de delimitação prévia e abstrata²⁸⁹. No mesmo sentido, Fábio Medina Osório argui que:

Por certo que a expressão “interesse público” não traduz nenhuma “fórmula mágica” que a tudo pode abarcar, até porque resulta passível de controle pelo Judiciário. Em todo caso, não se pode negar que resultaria difícil estabelecer um conceito apriorístico e material de interesse público, dada a grande diversidade de conteúdos que um interesse público comporta, e tendo em vista a enorme variedade de situações nas quais pode incidir e operar funcionalmente.²⁹⁰

Em verdade, a definição de interesse público vai variar de acordo com os valores socialmente admitidos e prevalentes no momento de sua aplicação. Seu conceito não pode ser preestabelecido, sob consequência de engessamento de uma cláusula que por sua natureza deve ser aberta, permitindo ao intérprete aplica-la conforme as circunstâncias o indiquem, sempre sob os limites éticos-normativos estabelecidos social e constitucionalmente²⁹¹.

Essa constatação de impossibilidade de fixar um conceito apriorístico de interesse público, associada à divisão entre primário e secundário, já permite uma ideia, ainda que superficial, do que se entende do mesmo, bem como acerca de sua supremacia sobre o particular. Veja-se, então, sua repercussão no âmbito da revogação das licenças ambientais.

3.6.3 Requisitos da revogação

Os princípios da atualidade (teoria da imprevisão) e da supremacia do interesse público servem de lastro teórico para que se entenda cabível, ao menos em tese, a revogação das licenças ambientais. No entanto, esse poder-dever não é irrestrito e será delimitado de

²⁸⁸ BINENBOJM, op. cit., p. 83 et seq.

²⁸⁹ KRELL, op. cit., nota 136, p. 125-9.

²⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 770, p. 53, dez. 1999, p. 1.

²⁹¹ Um exemplo de limite constitucional é a observância dos direitos das minorias na definição desse conceito.

acordo com as circunstâncias do caso concreto. Com efeito, ainda que não se possa exaurir todas as situações em que essa questão venha a se por, é possível pensar numa sistematização de alguns requisitos, de forma a orientar o raciocínio em casos específicos.

Em primeiro lugar, como aliás para todas as demais espécies de revisão, a licença ambiental deve estar no prazo de vigência e produzindo seus regulares efeitos. Não há que se falar, por absoluta ausência de interesse jurídico, em revogação de uma licença cuja eficácia já esteja de qualquer forma extinta.

Eventualmente, cessados os efeitos da licença ambiental, até se pode falar em responsabilidade civil do empreendedor, instrumento de manejo eminentemente pós-fato. Mas, em termos de licenciamento, cujo foco principal é na prevenção do dano ambiental, a extinção de uma licença obsta qualquer pretensão revogatória que o poder público busque empreender.

Outro requisito, também genérico a todas as hipóteses de revisão, é a obediência formal e material ao devido processo legal. Conforme já analisado, a revisibilidade das licenças ambientais é um típico processo administrativo e, portanto, deve respeitar as formalidades inerentes (competência, contraditório etc.), bem como a transparência e oportunidade dos interessados influenciarem a tomada de decisão²⁹².

O terceiro pressuposto, também já esposado, é a existência de interesse público primário. Repita-se, outrossim, que este não deve ser compreendido como uma cláusula irrestrita que possibilite ao poder público agir da maneira que quiser. Impõe-se reconhecê-lo como um postulado normativo que oriente a ponderação principiológica ínsita a esse instrumento, servindo como parâmetro para o sopesamento de princípios aparentemente antagônicos.

A grande controvérsia se dá, entretanto, no que tange à necessidade de cumular esses três requisitos acima identificados, notadamente a existência de interesse público, com a existência de um fato jurídico novo, tomado este na sua acepção ampla. É dizer, a revogação de uma licença ambiental pressupõe necessariamente a ocorrência de algum evento que altere a situação inicialmente presente?

A resposta a essa pergunta não é fácil e, certamente, seja qual for a posição adotada, estará sujeita a pertinentes críticas. Neste estudo, à luz das premissas fixadas alhures, entende-

²⁹² O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o agravo de instrumento 365894-83.2013.8.21.7000 (2ª Câmara Cível, Relator Des. João Barcelos de Souza Júnior, DJ 17/10/2013), declarou a nulidade do cancelamento de uma licença ambiental por violação ao devido processo legal. Há recurso especial e extraordinário pendente de admissibilidade e julgamento.

se que sim, a ocorrência de um fato jurídico *lato sensu* ulterior ao deferimento da licença ambiental é requisito essencial para sua revogação. Essa conclusão leva em consideração que a discricionariedade do ato administrativo advém da atividade de determinação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Como já colocado, estes podem ser subdivididos em (i) conceitos objetivamente compreendidos, (ii) aqueles que podem ser revelados por conhecimento empírico e descritivo e, por fim, (iii) conceitos cujo significado depende de valoração subjetiva. Também se afirmou que o primeiro tipo torna o ato tendencialmente vinculado e o segundo é o espaço próprio para a discricionariedade técnica. A seara da discricionariedade administrativa se dá com a identificação da terceira espécie de conceito jurídico, aquela cuja determinação depende de valoração subjetiva.

A partir dessa ideia, depreende-se que a má especificação dos dois primeiros tipos conduz à invalidade do ato, já que existe, em tese, uma solução ótima para determinar o conceito jurídico. A revogação, como se extrai da sua própria definição, atua no âmbito da discricionariedade administrativa, melhor dito, dos conceitos determináveis subjetivamente.

Portanto, se houve uma incorreção na determinação de um conceito técnico, como por exemplo da expressão “impacto ambiental”, não há que se falar em revogação da licença, mas sim na sua invalidação. Aquela espécie de revisão se adstringe às hipóteses em que há necessidade de ponderação entre duas variáveis igualmente relevantes, atividade tipicamente subjetiva e que acolhe distintas soluções, todas juridicamente aceitáveis.

Assim, admitir a revogação de uma licença a partir, simplesmente, de uma nova perspectiva do órgão ambiental é negar qualquer pretensão de estabilidade às relações jurídicas subjacentes. Melhor dito, é aceitar a precariedade completa do ato inicial. Esse poder implicaria substancial insegurança jurídica, na medida em que os empreendimentos licenciados pudessem ser indiscriminadamente reanalisados à mera modificação do corpo diretor do ente licenciador.

Não se nega, no âmbito da determinação dos conceitos que dependem de valoração subjetiva, a influência do fator político. Afinal, o representante eleito, e por consequência seus auxiliares diretos, é aquele a quem incumbe legitimamente tomar a decisão pela prevalência de um ou outro interesse. Não obstante, concluído o processo de licenciamento e, destarte, proferida a decisão ponderativa, concretiza-se a preclusão consumativa pela prática do ato.

Se esse ato é tecnicamente irregular, pode-se anulá-lo. Mas se o sopesamento das diversas variáveis envolvidas é razoável, o ato deve ser mantido, salvo algum fato novo que possa determinar a readequação da equação inicial. Por esse motivo, propõe-se que todos os

requisitos aqui examinados, inclusive a existência de evento ulterior e imprevisível, sejam cumulativos, não se admitindo revogação de licença ambiental ao simples argumento de preponderância do interesse público sobre o particular.

Dito isso, há que se analisar o que se entende por fato jurídico novo. Essa expressão, como referido acima, é utilizada neste estudo em sua acepção ampla, ou seja, abrangendo tanto os fatos propriamente ditos como qualquer tipo de alteração do ordenamento jurídico, seja pela via própria – modificação do texto legal – ou através de mutação interpretativa.

Certamente, a ocorrência de um fato novo *stricto sensu* ou a revelação de um fato existente à época do licenciamento, mas então desconhecido, se relevante, pode ser causa para a revogação de uma licença. Aliás, essa é a própria base da cláusula da teoria da imprevisão acima examinada. Aplicar esse raciocínio ao ato administrativo e especificamente à revisibilidade das licenças ambientais parece intuitivo.

Vale lembrar, nesse sentido, que o art. 19, inciso III, da Resolução 237/97 do CONAMA prevê essa hipótese, ao se utilizar do termo “superveniência”. A doutrina brasileira, conforme já referido acima, não trata bem disso, optando por fundamentar o ato revogatório em uma supervalorizada prevalência do interesse público sobre o particular²⁹³.

A jurisprudência pátria também é bastante escassa sobre o tema²⁹⁴, mas os raros casos encontrados corroboram o raciocínio aqui expandido. No dia 21/02/2013, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou apelação interposta pelo Movimento por Moradia em face do Município de Contagem. Tratou-se, na oportunidade, do licenciamento ambiental de loteamento que abrangeria cerca de 164.554,58 m².

O órgão ambiental deferira a licença prévia para o empreendimento. Contudo, motivado por informação ulterior do Instituto Estadual de Florestas, revogou a referida licença e, por consequência, também indeferiu a de instalação. O fato, que não era propriamente novo mas até então desconhecido pelo ente licenciador, consistiu na notícia de que a área continha ampla diversidade de espécies florestais e expressiva micro-fauna. O

²⁹³ Cf., dentre outras, as obras citadas na nota de rodapé 262.

²⁹⁴ Não raras vezes os Tribunais utilizam o termo “revogação” como sinônimo de cancelamento da licença, ou seja, abrangendo também as hipóteses de cassação e invalidação, esta última a mais recorrente. Na pesquisa feita, buscou-se, pela leitura do inteiro teor dos julgados, corrigir essa distorção terminológica. Vale salientar que os termos utilizados pela jurisprudência não são necessariamente incorretos. Mas, a fim de sistematizar o raciocínio, é importante adequar a terminologia da jurisprudência àquela manejada pela doutrina.

TJMG negou provimento ao recurso e manteve a sentença de primeira instância que declarou a legitimidade da revogação da licença²⁹⁵.

O caso concreto, ao passo em que serve para exemplificar a revisão aqui tratada, também dá ensejo a uma pertinente observação. O fato anterior e desconhecido – a fim de viabilizar a revogação – não pode ser evidente, ou seja, não pode corresponder a uma informação que o poder público e o empreendedor devessem ter ciência. Se for anterior e patente, seu desconhecimento caracteriza um vício no processo de licenciamento originário e, portanto, dá azo à invalidação da licença, não à sua revogação²⁹⁶.

Ainda sobre o tema, José Afonso da Silva lembra interessante precedente da Suprema Corte norte-americana²⁹⁷. No caso *Tennessee Valley Authority vs. Hill* (437 US 153), julgado em 1978, discutiu-se sobre a viabilidade de instalação de uma usina hidrelétrica chamada Tellico Dam, no Rio Tennessee.

Durante sua construção, em 1973, um biólogo da universidade local descobriu que a área abrigava um tipo raro de caracol (*percina tanasi*) e que o empreendimento colocaria em risco a sobrevivência da espécie. A Suprema Corte norte-americana concedeu a injunção pleiteada pelo estudante Hiram Hill e revogou²⁹⁸ a autorização para a instalação do hidrelétrica²⁹⁹.

Esse precedente citado por José Afonso da Silva demonstra a extensão daquilo que se deve entender por fato novo. Certamente, ainda que isso não fosse conhecido, o caracol em questão já vivia no local quando da autorização conferida pelo poder público e, destarte, não caracterizaria uma novidade propriamente dita. O raciocínio é pertinente, mas a solução permanece inalterada.

²⁹⁵ TJMG, 4ª Câmara Cível, AC 4597461-83.2008.8.13.0079, Relatora Des. Ana Paula Caixeta, DJ 26/02/2013.

²⁹⁶ A inserção desse exemplo neste item da dissertação toma por base as premissas fixadas pelo órgão licenciador e pelo TJMG, ou seja, que não houve vício na atuação do órgão ambiental. Parte-se do pressuposto que o fato não só era desconhecido como também não era de fácil constatação.

²⁹⁷ SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 19, ano 5, maio/Junho 2003, p. 6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50963>>. Acesso em: 19 set. 2013.

²⁹⁸ Sobre a possibilidade de revogação judicial, o tema será retomado à frente.

²⁹⁹ Relevante notar que o *Endangered Species Act* – lei que protegia as espécies ameaçadas de extinção e que serviu de fundamento primário para a decisão da Suprema Corte – foi emendado por proposta de um senador pelo Estado do Tennessee para se criar um comitê com atribuição discricionária para excepcionar a proibição da referida lei e, portanto, autorizar a construção do empreendimento. Em 23 de janeiro de 1979, o caso teve seu mérito reanalisado pelo comitê e mantida a proibição determinada pela Suprema Corte.

Com efeito, o fundamento para aplicação da teoria da imprevisão não é necessariamente que a ocorrência do fato seja ulterior ao ato cuja revisão se examina. Aquele pode ser anterior, desde que não seja conhecido ou cognoscível pelas partes interessadas³⁰⁰. Seja numa hipótese (fato ocorrido depois) ou na outra (fato ocorrido antes, mas ignorado), haverá espaço, se cumpridos os demais requisitos, para a revogação da licença ambiental.

Na mesma toada, além da ocorrência de um fato novo (ou descoberto *a posteriori*), a modificação normativa superveniente ao ato originário também pode dar ensejo à revisão aqui estudada³⁰¹. Nesse sentido, a licença ambiental é deferida ou não tomando-se por base as condições fáticas presentes e conhecidas à época, como também as normas jurídicas vigentes. Assim, da mesma forma que o extrato fático pode alterar a equação inicial, a mutação do ordenamento jurídico igualmente tem o condão de eventualmente fazê-lo. Caso se constate essa situação, é possível, à luz das circunstâncias do caso concreto, dar-se âmbito à revogação.

Em 1976, o Supremo Tribunal Federal foi palco de amplo debate sobre o tema, porém com enfoque nas licenças edilícias. Três anos antes, um particular requerera licença para edificação de um posto de serviço para automóveis em área predominantemente – mas não exclusivamente – residencial no Município de São Paulo. Um ano depois, foi promulgada lei que alterou a região para uso estritamente residencial, modificação que fez com que o Município revogasse a licença anteriormente deferida. Impetrado mandado de segurança, a questão foi levada ao STF em grau recursal³⁰².

Na oportunidade, o Ministro Moreira Alves proferiu substancioso voto no qual reconheceu a possibilidade de revogação da licença apenas se a obra ainda não tivesse sido iniciada. Do contrário, somente caberia ao poder público desapropriar o imóvel em questão, porém não mais revogar a licença para construir. O Ministro Cordeiro Guerra, por sua vez, articulou uma tese bastante conservadora, no sentido de que a licença válida – ou seja, sem qualquer vício que conduzisse à sua invalidação – seria irrevogável³⁰³.

³⁰⁰ BORGES, op. cit., nota 249, p. 305.

³⁰¹ Alguns autores denominam caducidade a retirada do ato com base no advento de nova legislação (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 151). Optou-se por não usar essa nomenclatura pela ideia que ela passa de excessiva precariedade do ato originário, característica que neste trabalho não se associa indiscriminadamente às licenças ambientais.

³⁰² STF, 2ª Turma, RE 85.002, Relator Min. Moreira Alves, DJ 17/09/1976.

³⁰³ Trecho do voto do Min. Cordeiro Guerra: “*De modo que, assim como não teria dúvida em cancelar um alvará obtido em fraude à lei, considero intocável o alvará de licença concedido de conformidade com a lei,*

Nos anos que se seguiram, porém, o STF em suas diversas composições consagrou a tese do Ministro Moreira Alves³⁰⁴, a qual foi acompanhada também pelo Superior Tribunal de Justiça³⁰⁵. *Mutatis mutandis*, ela pode ser adequada ao estudo das licenças ambientais que aqui se empreende para afirmar que a licença prévia seria revogável, ao passo em que as de instalação e operação não o seriam.

Conforme já apontado antes, a licença prévia parece tender mais à discricionariedade do que as outras duas. Por consequência, sua revogabilidade seria mais viável se comparada ao maior grau de vinculação, em regra, das licenças de instalação e operação. Contudo, essa preconcepção pode e deve ser afastada a depender das circunstâncias do caso concreto.

De qualquer forma, aceita a tese de que – à luz da teoria da imprevisão e da supremacia do interesse público – um fato novo pode dar ensejo à revogação de uma licença ambiental, impõe-se reconhecer que o mesmo se dá no que tange a ulterior modificação normativa, cuja definição não é igual a de alteração textual.

As últimas décadas foram marcadas por intensa alteração sobre o conceito de regras e princípios jurídicos e o papel do intérprete, não mais funcionando como mero revelador da norma constante em um determinado texto legal, mas como efetivo criador dela. Cuida-se de superar o paradigma positivista de supervalorização do legislador em função daquilo que se convencionou chamar de pós-positivismo³⁰⁶.

Destarte, quando se citou a necessidade de modificação normativa como um dos requisitos para a revogação das licenças ambientais, tem-se que não é imprescindível, à luz dessa atual doutrina hermenêutica, a alteração do texto legal, mas sim de seu significado. A norma legal, sendo resultado da interpretação do agente, pode sofrer mutação no objeto interpretativo ou, alternadamente, na própria atividade de lhe conferir uma acepção.

pelo poder competente, pelo prazo de sua vigência. Em todo o mundo, a decorrência do direito de propriedade é assegurada pela Constituição.”.

³⁰⁴ STF, RE 92.845, 1ª Turma, Relator Min. Cunha Peixoto, DJ 19/09/1980; RE 93.734, 1ª Turma, Relator Min. Néri da Silveira, DJ 02/03/1984; RE 101.258, 1ª Turma, Relator Min. Soares Muñoz, DJ 18/05/1984; RE 105.634, 2ª Turma, Relator Min. Francisco Rezek, DJ 08/11/1985; RE 106.931, 2ª Turma, Relator Min. Carlos Madeira, DJ 16/05/1986; RE 118.226, 2ª Turma, Relator Min. Célio Borja, DJ 13/10/1989; RE 212.780, 1ª Turma, Relator Min. Ilmar Galvão, DJ 25/06/1999; RE 235.736, 1ª Turma, Relator Min. Ilmar Galvão, DJ 26/05/2000.

³⁰⁵ STJ, RMS 6.325, 1ª Turma, Relator Min. José de Jesus Filho, DJ 04/03/1996; REsp 103.298, 2ª Turma, Relator Min. Ari Pargendler, DJ 17/02/1999; REsp 603.845, 1ª Turma, Relator Min. José Delgado, DJ 21/03/2005.

³⁰⁶ O tema, atualmente, é amplamente discutido pela doutrina. Por todos, cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, em especial pp. 103 et seq.

O direito ambiental, que é um espaço dinâmico por essência, bastante atrelado à ciência e suas limitações e evoluções, abarca ampla modificação normativa mediante interpretação, notadamente no que tange a conceitos eminentemente técnicos. Um bom exemplo disso é o princípio da precaução e sua aplicabilidade no processo de licenciamento de empreendimentos de grande porte³⁰⁷.

Com efeito, o princípio da precaução, em linhas gerais, preceitua que, 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. A ideia central é que esse princípio, expressamente referido na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, tenha caráter anticatástrofe, evitando dano grave e irreparável como decorrência do desconhecimento humano.

Cass Sunstein, um dos maiores expositores sobre o tema, examina com profundidade o princípio da precaução, propondo-se a delimitar sua incidência de uma forma realista, evitando aquilo que chamou de eficácia paralisante³⁰⁸. Para o autor, o princípio da precaução deve ser manejado, havendo incerteza científica sobre os impactos ambientais de determinada medida, a partir de um juízo sobre probabilidade.

Com efeito, admitir que o simples medo da consequência indesejada obste a execução do empreendimento, notadamente no contexto de sociedade de risco atualmente vigente, tende a paralisar a evolução social. Daí porque o autor propõe a utilização da razão – em contraposição ao medo irracional³⁰⁹ – como método de aplicação do princípio da precaução,

³⁰⁷ Sobre as peculiaridades do licenciamento ambiental de grandes empreendimentos, cf. SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de. *Licenciamento ambiental de grandes empreendimentos no Brasil*. 2013. 100 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade do Porto.

³⁰⁸ SUNSTEIN, Cass. *Leyes de miedo: Más allá del principio de precaución*. Trad. Verónica Inês Weinstabl y Servanda Maria de Hagen, Madrid: Katz, 2009, pp. 25-53.

³⁰⁹ Mauricio Mota, analisando as ideias de Sunstein, explica com propriedade essa noção de medo irracional: “Cass R. Sunstein, em seu livro intitulado ‘*Laws of fear: beyond the precautionary principle*’ esclarece que as pessoas, consideradas individualmente ou coletivamente, aproximam-se de assuntos ligados ao risco ambiental de um modo que sistematicamente falha na maximização da sua utilidade ou da assunção de riscos. Segundo esse autor, alguns estudos baseados na psicologia social e na economia comportamental (‘behaviourista’) catalogaram uma ordem vasta de limitações cognitivas e defeitos que distorcem as percepções populares de risco. Assim, os indivíduos têm uma disposição a superestimar de modo considerável a magnitude de riscos altamente evocativos (por exemplo, de um acidente com energia nuclear) e ignorar riscos menos evocativos (como de desenvolver câncer pela ingestão de pasta de amendoim). Assim, a energia nuclear causa alarme por causa da notoriedade dos acidentes em Three Mile Island e Chernobyl; os perigos de lixo tóxico assumem proporções volumosas por causa da publicidade que cercou o caso do Canal Love; níveis de arsênico na água potável geram apreensão porque arsênico é um veneno popularmente conhecido (em parte devido ao clássico filme sobre envenenamento, ‘Arsenic and Old Lace’). A influência da disponibilidade heurística pode distorcer o

delimitando sua incidência de maneira a balancear equitativamente o risco com a necessidade contemporânea de desenvolvimento sustentável.

No entanto, estando diretamente ligado às mais distintas ciências, o princípio da precaução orienta interpretações bastante fluidas de conceitos jurídicos indeterminados. Nessa esteira, a publicação de um amplo estudo científico, por exemplo, pode ser suficiente para determinar a mutação de uma norma até então interpretada de forma diferente. É o papel criador da hermenêutica moderna, que não mais se limita a revelar uma regra ou princípio contidos no texto legal.

Pode-se afirmar, então, que a alteração normativa – como requisito para eventual revogação de uma licença ambiental – não pressupõe, necessariamente, a modificação do texto constitucional, legal ou infralegal. Ainda que essa seja a hipótese mais reiterada, ela pode se dar também por mutação na interpretação textual, a partir de novos valores sociais ou até mesmo da evolução científica.

São, portanto, quatro os requisitos cumulativos para a revogação de uma licença ambiental: (i) temporal, ou seja, esta deve estar ainda vigente; (ii) formal, é dizer, observância, formal e substancial, ao devido processo legal; (iii) material, existência de interesse público primário; e (iv) material, existência de fato novo *lato sensu*, que pode se dar pela ocorrência ulterior de evento imprevisível, pela descoberta posterior de fato anterior desconhecido (e não cognoscível), pela modificação normativa através de alteração textual ou pela modificação normativa por evolução interpretativa.

3.6.4 Revogação própria e imprópria

Conforme analisado alhures, a existência de um fato jurídico *lato sensu* ulterior ao licenciamento ambiental do empreendimento é requisito para a revogação, compreendendo-se nesse conceito o fato jurídico *stricto sensu* e a modificação normativa, seja textual ou interpretativa.

Isso porque esse fato juridicamente relevante e posterior pode, ao menos em tese, determinar a modificação da equação inicialmente verificada pelo órgão ambiental. Como já se afirmou, o direito ambiental é marcado pelo dinamismo factual, técnico e normativo, de

juízo público facilmente, partindo do ponto que infortúnios calamitosos, ainda que isolados, apresentam muito maior probabilidade de chamar a atenção da mídia e de aderir à memória pública que a miríade de exemplos nos quais tecnologias arriscadas, processos, ou substâncias químicas geram benefícios para a sociedade.”. MOTA, Mauricio. *Função socioambiental da propriedade: a compensação ambiental decorrente do princípio do usuário pagador na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal*. In: MOTA, Mauricio (coord.). *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 29-30.

forma que, não raras vezes, uma decisão recentemente tomada mostra-se ultrapassada diante do novo quadro socioeconômico ambiental que se apresenta.

Nessa esteira, Carla Amado Gomes, em sua dissertação de doutoramento, tratou do tema com profundidade, demonstrando a pertinência de se aplicar o princípio da atualidade no âmbito da revisibilidade das licenças ambientais, de maneira a zelar pela adequação da atividade reguladora estatal às distintas circunstâncias que sejam enfrentadas³¹⁰. Sem a pretensão de aniquilar o princípio da estabilidade das relações jurídicas, propôs uma ponderação dele com os demais envolvidos.

Com efeito, a teoria da imprevisão corresponde ao fundamento primário – desde que, claro, associado à ideia revisitada de prevalência do interesse público – da revogação das licenças ambientais. Isso porque a ocorrência de fato novo ou modificação normativa podem alterar o cenário de tal maneira que aquele empreendimento não mais se justifique, ou pelo menos não da forma inicialmente pensada.

Isso significa, à luz da multicitada teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, que a determinação da norma pertinente também se modifica pela alteração da situação fático-jurídica. Mas essa afirmação é válida não somente no âmbito da discricionariedade administrativa, como também das demais espécies de conceitos jurídicos.

Sobre esses, relembre-se que existem (i) conceitos objetivamente compreendidos, (ii) aqueles que podem ser revelados por conhecimento empírico e descritivo, âmbito próprio da discricionariedade técnica; e, por fim, (iii) conceitos cujo significado depende de valoração subjetiva. Os dois primeiros admitem uma única solução ótima que, se não atingida, conduz à invalidade material do ato. O último abarca mais de uma determinação legítima e dá margem ao que aqui se entende por discricionariedade administrativa.

Nesse diapasão, à falta de uma nomenclatura doutrinária para essa ideia, chamamos de revogação própria aquela que se dá, efetivamente, no que tange aos conceitos jurídicos cuja delimitação depende de valoração subjetiva, ou seja, os que demandam exercício discricionário do poder público. Isso porque a ausência uma única decisão correta – é dizer, a necessidade de ponderar valores contrapostos – é tipicamente executiva, inerente à atividade administrativa.

O fato novo, assim, pode implicar alteração da equação, mas não necessariamente do resultado dela. Mesmo diante da imprescindibilidade de atualização do licenciamento, à vista

³¹⁰ GOMES, op. cit., pp. 477-508.

das novas circunstâncias, o órgão ambiental pode exercer juízo ponderativo para revogar ou não a licença. Só as circunstâncias do caso concreto dirão qual será o desfecho.

Assim, da mesma forma que o poder público exerce discricionariedade para, ponderando os interesses envolvidos, restringir um ou outro e deferir ou indeferir a licença ambiental, também no processo de revisibilidade pode-se concluir, mesmo diante do fato novo, pela revogação ou manutenção do ato originário. Daí porque chamar de revogação própria, tendo em conta que a tendência discricionária se mantém em todos os momentos.

Imagine-se, por exemplo, que durante a instalação de um empreendimento, se descubra um importante sítio arqueológico intacto e até então desconhecido, exatamente no local em que a atividade seria exercida. Dois caminhos se abrem para o poder público. Primeiro, sopesando a variável ambiental com a econômica, conclui pela permanência do sítio e pela impossibilidade de instalação do empreendimento até então autorizado. O segundo caminho é, dando-se prevalência ao fator socioeconômico, permitir a retirada desse achado histórico para outra localidade e a manutenção da licença ambiental. Em suma, a revogação ou não do ato autorizativo, mesmo diante do fato novo, é discricionária.

Diferente situação é aquela em que há uma mutação na determinação de um conceito jurídico objetivamente compreendido ou que possua natureza empírica e descritiva, em regra determinável tecnicamente. Nessas duas hipóteses, não há que se falar em discricionariedade administrativa propriamente dita, mas no máximo em discricionariedade técnica, no que tange ao segundo tipo.

Nesse caso, o ato revogatório que decorre dessa novidade não será propriamente discricionário. Da mesma forma que, na origem, a delimitação desses conceitos somente admitia uma solução ótima, também no momento da revisão só há uma conclusão possível para o órgão ambiental: revogar a licença.

Com efeito, não há que se falar – ao tratar de conceitos objetivamente compreendidos e revelados por conhecimento empírico e descritivo – em valoração subjetiva de interesses contrapostos, pois a mutação fática ou normativa altera o cenário inicial de tal sorte que não admite uma postura diferente do órgão ambiental. Por mais que se trate de revogação, não há discricionariedade administrativa nisso, é dizer, a manutenção da licença não é uma opção legítima.

Nota-se, então, que o ato nem é inválido, haja vista que na sua origem a determinação do conceito pertinente se deu de forma correta, nem é revogável discricionariamente, tendo em conta que, como afirmado, esse não é o âmbito próprio da discricionariedade

administrativa. Novamente, ante a inexistência de doutrina sobre o tema, convencionamos denominar essa espécie de revisibilidade de revogação imprópria.

Esta, portanto, tem incidência quando um fato jurídico *lato sensu* conduz à mutação de um conceito jurídico que se revela por conhecimento técnico, o qual, ao contrário daquele que demanda ponderação subjetiva, admite uma única decisão correta. Essa decisão não é discricionária: a revogação imprópria é um verdadeiro dever advindo dessa modificação do conceito jurídico perpetrada pelo fato novo. Nessa esteira, conforme afirmado no capítulo anterior, até mesmo o espaço da discricionariedade técnica abarca uma certeza, no que pese muitas vezes a ciência não estar pronta para expô-la devidamente³¹¹.

Talvez, a terminologia mais correta a ser utilizada fosse invalidade superveniente da licença, como decorrência da novidade advinda. Essa nomenclatura se amoldaria melhor aos fundamentos anteriormente esposados, notadamente à luz da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e sua associação aos atos tendencialmente vinculados e discricionários. No entanto, a ideia de invalidade sempre esteve ligada, não só na seara do licenciamento ambiental como em todas as demais, à origem do ato analisado, seja formal ou materialmente.

Admitir uma invalidade superveniente do ato implicaria necessidade revisitar premissas há muito fixadas e que orientam todo o estudo do tema. Dentre essas, talvez as mais afetadas seriam aquelas atinentes aos efeitos da invalidação de um ato, se retroativos (*ex tunc*) ou não (*ex nunc*), doutrina e jurisprudência sobre cabimento de indenização, enfim, toda uma teoria geral do direito, até então desenvolvida sobre a noção de que a invalidade é sempre originária. E isso somente em razão de uma situação excepcional ou, ao menos, não cotidiana.

Parece mais adequado, então, que se acolha o conceito de revogação imprópria, ou seja, aquela que não se dá no âmbito da discricionariedade administrativa propriamente dita, mas que ademais pressupõe a ocorrência ulterior de um fato juridicamente relevante. Essa

³¹¹ Pode-se citar como exemplo de revogação imprópria, em que não se exerceu discricionariedade, o seguinte caso concreto. Em 2003, o IBAMA revogou uma licença para pesquisa mineral sob esses fundamentos: “1) encontram-se em andamento estudos com a finalidade implantação de unidade de conservação federal na área objeto da licença; 2) existência de pareceres técnicos conclusivos no sentido da inviabilidade da pesquisa na escala proposta pela empresa Thotham Industrial e; 3) divergências existentes entre o IBAMA e a FUNAI, em virtude da existência de procedimento administrativo visando à ampliação da Terra Indígena Caieiras Velha II, que abrangeria parte da área objeto da licença.”. Esses três fatos supervenientes – existência de estudos para implantação de UC, novos pareceres técnicos e pretensão administrativa de ampliação de reserva indígena, conduziram à mutação do conceito jurídico tecnicamente determinável e, portanto, à revogação imprópria. Faz-se ressalva, somente, à necessidade de efetiva implantação da UC e de ampliação da reserva indígena para justificar a medida, e não apenas da existência de procedimento administrativo visando a esse objetivo. Para mais detalhes, cf. TRF1, 5ª Turma, AC 2003.34.00.028293-3, DJ 01/08/2013.

espécie, entretanto, contará com características diferenciadas, notadamente no que tange à competência jurisdicional para também empreendê-la.

Portanto, resumindo o que foi dito acima, podem-se identificar duas espécies de revogação. A primeira, chamada de própria, se dá quando um fato novo conduz a uma possível modificação na definição de um conceito jurídico subjetivamente delimitado. Nesse caso, cabe ao órgão competente fazer uma reanálise dos interesses em jogo e, discricionariamente, revogar ou não a licença.

A segunda, denominada imprópria, tem espaço quando algum evento determina a modificação de um conceito jurídico objetivamente compreendido ou que possua natureza empírica e descritiva. Nessa hipótese, a revogação não é discricionária, é a única solução ótima e, dessa forma, deve necessariamente ser empreendida pelo poder público, inclusive sob consequência de atuação judicial para corrigir eventual inércia da administração.

3.7 Direito adquirido, indenização e desapropriação

A Constituição Federal de 1988 foi expressa em proteger, com *status* de direito fundamental (art. 5º, inciso XXXVI), aqueles que compõem a tríplice coroa do princípio da estabilidade: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Essa previsão constitucional, mesmo que não fosse textual, é um dos pilares do moderno Estado Democrático de Direito e, em regra, mostra-se salutar no controle de excessos do poder público.

Sem dúvida, porém, trata-se do principal contraponto à revisibilidade das licenças ambientais e corresponde ao capital argumento contrário a sua viabilidade, seja como objeção ao princípio da atualidade ou como cláusula de barreira à prevalência do interesse público. No entanto, da mesma forma como esse último conceito nos últimos anos foi desconstruído (e reconstruído), também o direito adquirido não pode se impor como obstáculo intransponível à intervenção estatal na esfera privada.

A noção de direito adquirido figura expressamente na esfera constitucional há mais de 80 anos, notadamente desde a carta de 1934³¹². No âmbito infraconstitucional, há que se ressaltar também a disposição do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito

³¹² MENDES, op. cit., p. 501.

Brasileiro: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”³¹³.

Uadi Lammêgo Bulos explica que o direito adquirido é aquele que já se incorporou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem norma nem fato posterior³¹⁴ possam alterar a situação jurídica consolidada sob sua égide³¹⁵. Segue o autor afirmando que essa garantia funciona como elemento estabilizador para proteger prerrogativas incrustadas e sedimentadas no patrimônio de seus titulares, almejando o ideário da segurança jurídica³¹⁶.

É a extensão desse instituto, e não sua existência, que há séculos gera controvérsias. Sobre o tema, Savigny sustenta que as leis concernentes às instituições jurídicas outorgam aos indivíduos apenas uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e uma expectativa de direito quanto ao ser ou ao modo de ser do direito³¹⁷. A partir disso, distingue duas espécies de leis: a primeira, concernente à aquisição de direito; a segunda, relativa à existência de direitos:

A primeira, concernente à aquisição de direitos, estava submetida ao princípio da irretroatividade, ou seja, à manutenção dos direitos adquiridos. A segunda classe de normas, que agora serão tratadas, relacionam-se à existência de direitos, onde o princípio da irretroatividade não se aplica. As normas sobre a existência de direitos são, primeiramente, aquelas relativas ao contraste entre a existência ou a não existência de um instituto de direito: assim, as leis que extinguem completamente uma instituição e, ainda, aquelas que, sem suprimir completamente um instituto modificam essencialmente sua natureza, levam, desde então, no contraste, dois modos de existência diferentes. Dizemos que todas essas leis não poderiam estar submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a

³¹³ A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) é a antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), cujo nome foi modificado pela Lei 12.376/2010. Com a criação do STJ, surgiu divergência sobre a possibilidade do STF analisar a constitucionalidade de leis sob o paradigma do direito adquirido, ao argumento que se cuidaria de violação constitucional indireta. A questão foi dirimida no julgamento do RE 226.855 (Relator Min. Moreira Alves, DJ 13/10/2000), oportunidade em que a corte fixou entendimento segundo o qual a arguição de violação ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada tem sempre cunho constitucional imediato, mesmo diante da disposição da LICC.

³¹⁴ Em regra, a garantia de preservação do direito adquirido é oposta em face de norma jurídica superveniente, como aliás consta no próprio art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88 (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”). Não obstante, a inserção de fato posterior nesse conceito, como se vem tratando durante todo este trabalho, é bastante adequada à completude que se busca dar ao instituto. Apenas para que a leitura do texto não fique enfadonha, manter-se-á a regra de referência apenas às normas posteriores.

³¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 609.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 610.

³¹⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. Paris, 1860, v. 8, p. 375 et seq., *apud* MENDES, op. cit., pp. 508-9.

irretroatividade); pois, se assim fosse, as leis mais importantes dessa espécie perderiam todo o sentido.³¹⁸

De fato, essa distinção é essencial à delimitação da extensão do direito adquirido. A partir dela, já se pode verificar a não incidência de tal garantia constitucional como óbice a mudanças institucionais próprias ao Estado de Direito. Isso é plenamente reconhecido, hodiernamente, pelos tribunais superiores, que consolidaram a máxima de que inexistente direito adquirido a regime jurídico³¹⁹.

Negar essa proposta de classificação de Savigny, bem como as características atribuídas a cada uma das espécies, conduziria a uma imutabilidade normativa praticamente absoluta, bem como na paralisação da evolução jurídico-científica. A abolição da escravatura, por exemplo, não seria possível. Da mesma forma, qualquer reforma tributária ou previdenciária também esbarraria em arguição de violação a direito adquirido.

É no que se refere às demais normas – aquelas concernente à aquisição de direito – que a proteção do direito adquirido impõe respeito à estabilidade das relações jurídicas. Nesse sentido, José Afonso da Silva explica que o direito adquirido corresponde ao direito subjetivo que, antes de exercido, foi objeto de mutação normativa³²⁰. Nessa hipótese, segundo o autor, a modificação ulterior transformaria o direito subjetivo em direito adquirido, cuja manutenção se daria por razões de segurança jurídica.

O Prof. José Joaquim Gomes Canotilho produziu substancial parecer especificamente sobre os limites do direito adquirido em matéria ambiental³²¹. Na consulta que lhe foi formulada, há expressa afirmação do consultante no sentido da intangibilidade da situação estabelecida, nos seguintes termos:

Entende o Secovi-SP que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são cláusulas pétreas de direitos individuais (CF, art. 5.º, inciso XXXVI) a serem respeitados de forma absoluta em qualquer tema ou matéria, sob pena de infringência, também, do direito de propriedade (CF, art. 5.º, inciso XXII) e do princípio de que o sacrifício do direito de propriedade individual em prol de um interesse público depende da prévia e justa indenização em processo expropriatório (CF, art. 5.º, inciso XXIV).

³¹⁸ Ibid., pp. 503-4.

³¹⁹ STF, AI 618.777, 1ª Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03/08/2007; STJ, 5ª Turma, RMS 4.957, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 16/12/1996. Essa discussão também foi suscitada quando da análise da possibilidade de resgate da enfiteuse, resultando na edição da súmula 170 do STF: “É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil”.

³²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 380.

³²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer: Direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, matéria ambiental*. São Paulo: Universidade SECOVI-SP, 2013.

[...]

Em face do exposto, o Secovi-SP tem a honra de solicitar ao Ilustre Professor a emissão de seu Parecer de defesa da prevalência do princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, inclusive em matéria urbanística ou ambiental.³²²

O professor lusitano, porém, afasta-se dessa ideia de inatacabilidade do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, sem, por outro lado, suprimi-los inteiramente. Ao contrário, desenvolve parâmetros, a partir das ideias de juridicidade dos atos administrativos e ponderação de interesses, para orientar a análise dos casos concretos que se apresentem ao intérprete.

Perceba-se que são situações distintas. A primeira diz respeito às normas que regulam as instituições jurídicas. Essas, como referido acima, não são limitadas pela garantia constitucional, restando obedecida a premissa de que não existe direito adquirido a regime jurídico. Outra hipótese é aquela em que, mesmo diante desse garantia, opta-se por supera-la em razão de outros princípios igualmente relevantes.

Essa noção de ponderação casuística se contrapõe a dois dogmas jurisprudenciais diametralmente distintos. O Supremo Tribunal Federal, com uma postura mais conservadora, tende a sobrevalorizar a estabilidade dos atos, mesmo diante de fatos e normas ulteriores. O paradigma até hoje utilizado foi firmado em 25/06/1992 no julgamento da ADI 493.

Na oportunidade, o Ministro Moreira Alves (relator), com espeque na doutrina de José Carlos de Matos Peixoto, diferenciou didaticamente três espécies de retroatividade de lei: máxima (fatos jurídicos consumados), média (direitos exigíveis, mas não realizados) e mínima (efeitos posteriores de fatos anteriores). O plenário do STF, então, acordou que nem mesmo a retroatividade mínima seria admissível para atingir o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Tal discussão é bastante antiga e remonta às clássicas obras de Francesco Gabba³²³ e Paul Roubier³²⁴. Nessa esteira, ao passo em que o autor italiano propunha a integral preservação da estabilidade das relações jurídicas pela irretroatividade das leis, o professor francês entendia que, na verdade, a retroatividade mínima significava simplesmente aplicação

³²² Ibid., p. 15.

³²³ GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. Torino, 1897, v.3, pp. 208 et seq., *apud* MENDES, op. cit., pp. 510 et seq.

³²⁴ ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*. 2ª ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 422, *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder constituinte e direito adquirido. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 507, maio 2011, p. 3.

imediate da lei nova para reger os efeitos que lhe seriam posteriores, ainda que originários de fatos pretéritos.

A doutrina de ambos os autores foi expressamente citada no acórdão do STF, com preferência pela de Gabba, e orienta até hoje a jurisprudência dessa corte. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça guinou sua jurisprudência em sentido diverso. Ao analisar, por exemplo, os prazos prescricionais do art. 54 da Lei 9.784/99 e do art. 103 da Lei 8.213/91 (redação pela MPv 1.523-9/1997), o STJ viabilizou sua incidência mesmo para fatos anteriores às respectivas publicações dos textos legais³²⁵.

Com efeito, em matéria ambiental, a tese defendida pelo Ministro Herman Benjamin tem grande aceitação e amplitude. Fixou-se, naquele tribunal, a máxima de que não há direito adquirido a degradar o meio ambiente. Mesmo diante de fato ou lei nova, a questão se resolve, no máximo, em eventual indenização ao particular, mas não se admite a manutenção da atividade poluidora em detrimento do meio ambiente equilibrado³²⁶.

No que pesem essas concepções arraigadas na jurisprudência – seja no sentido da estabilidade ou não – possam servir como passo inicial na análise do caso concreto, parece que referidas posições não devem ser tomadas como absolutas, não passíveis de contradição. Na mesma esteira da conclusão de Canotilho, pode-se em abstrato apenas buscar parâmetros que orientem o raciocínio jurídico, que penderá em favor ou desfavor do direito adquirido a depender das circunstâncias que são colocadas ao operador.

O tríplice aspecto da estabilidade – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – impõe que se considere nas relações jurídicas os seguintes traços: (i) direito de poder manter e utilizar aquilo que se radicou subjetivamente; (ii) direito de utilizar esse poder sem modificações fáticas e jurídicas; e (iii) direito de indenização perante atos modificativos justificados pelo exercício de deveres de proteção do interesse público³²⁷.

³²⁵ Respectivamente, MS 9.122, Corte Especial, Relator Min. Gilson Dipp, DJ 03/03/2008; e REsp 1.309.529, 1ª Seção, Relator Min. Herman Benjamin, DJ 04/06/2013.

³²⁶ Por exemplo, vale citar o MS 17.292 (STJ, 1ª Seção, Relator Min. Castro Meira, DJ 21/08/2012) impetrado contra ato do Ministro da Pesca e Aquicultura e do Meio Ambiente. Impugnava-se a regulamentação mais rígida da pesca de tainha pelas autoridades apontadas como coatoras à luz do direito adquirido. Trecho da ementa dispõe o seguinte: “A regulamentação da pesca da tainha pelas autoridades apontadas como coatoras está respaldada na Constituição da República (art. 170, V e 225) e na legislação infraconstitucional (Lei 10.683/03 e Decreto 6.981/09), não se cogitando de direito adquirido à continuidade da atividade em descompasso com o regramento em vigor. Isso porque, independentemente de eventual direito à reparação por danos sofridos ou pela indevida frustração de uma legítima expectativa (matéria fora de cogitação no presente *writ*), não se confere ao agente econômico a prerrogativa de extinguir o recurso natural explorado ou de permanecer vinculado a um normativo reconhecidamente ineficaz pelo poder estatal”.

³²⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 26.

A primeira perspectiva é a noção de intangibilidade do direito adquirido propriamente dito e conduz à máxima estabilidade das relações jurídicas. Na seara ambiental, em função da contraposição de diversos outros princípios de igual carga axiológica, não parece apropriado que se confira, em abstrato, tamanha dimensão de permanência.

Atualmente, a ideia de desenvolvimento sustentável é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Não se pode falar em desenvolvimento socioeconômico dissociado de um meio ambiente equilibrado, inclusive como uma das consequências da constitucionalização do direito ambiental, que o erigiu ao mais alto nível normativo e valorativo possível dentro no ordenamento jurídico³²⁸.

E não só por isso. Mesmo ultrapassando os limites propriamente jurídicos, não cabe esquecer que a noção de direito adquirido tem um viés nitidamente antropocêntrico, que também deve ser sopesado com o direito das futuras gerações de viver e gozar de idênticas ou melhores condições que a atual. Nesse sentido, em termos éticos, o potencial conflito de interesses remete às próprias indagações sobre os fundamentos da proteção ambiental³²⁹.

Vale salientar que nem mesmo o STF com sua posição mais conservadora reconhece a possibilidade absoluta de manutenção do *status quo*, sempre salientando a hipótese de desapropriação do imóvel em que se exerce a atividade mediante justa e prévia indenização³³⁰. Assim, reconhecida a possibilidade de se empreender quaisquer das espécies de revisibilidade acima tratadas, mostra-se pertinente examinar o contorno disso com o cabimento de indenização e, eventualmente, até mesmo desapropriação de direito.

Didaticamente, à perspectiva do poder público, é possível separar a questão da indenização decorrente da revisão das licenças ambientais em três tópicos: em que hipóteses pagar; quanto pagar; e como pagar. Respondidos esse três pontos, ter-se-á ao menos uma teoria geral sobre o tema. O aprofundamento é desejável, mas demanda um espaço próprio bastante superior ao que se pretende dedicar neste estudo.

A princípio, a suspensão cautelar, por ser simples preparativo para outra espécie de revisão, não gera direito de indenização. Da mesma forma, a cassação, modificação e invalidação, as duas últimas desde que causadas pelo particular, também não dão ensejo à dita

³²⁸ Cf. item 1.2 desta dissertação.

³²⁹ Cf. item 1.3 desta dissertação.

³³⁰ Cf. julgados citados na nota de rodapé 304.

pretensão, haja vista que decorrentes de conduta praticada pelo próprio prejudicado³³¹. O ponto nodal é que, nessas situações, a revisibilidade é decorrência lógica de uma ação ou omissão imputável à mesma pessoa que sofreu o dano.

O não cabimento de indenização no caso de cassação é até mesmo intuitivo. Como colocado alhures, cuida-se de verdadeira penalidade administrativa pela desobediência aos termos da licença ambiental e, por certo, o empreendedor não pode ser compensado por ter cometido um ilícito.

No que tange à modificação e invalidação, imagine-se que elas se deem, por exemplo, em razão de omissão nas informações constantes no EIA/RIMA, que subestimaram determinado impacto ambiental. Da mesma forma, parece que o prejuízo financeiro daí advindo deva ser suportado exatamente por quem deu causa à esse quadro, ou seja, pelo titular da licença que, oportunamente, deveria ter zelado pela produção de um estudo o mais completo e fidedigno possível. Novamente, a indenização parece ser descabida.

A suspensão autônoma, modificação e invalidação, se ocorridas como consequência de alguma conduta do poder público, podem implicar, em tese, dever de indenizar o particular pelos danos sofridos. Na mesma esteira, utilizou-se como paradigma de análise quem praticou a conduta que deu ensejo à revisão da licença. Em sendo atribuível ao poder público, é natural que lhe caiba arcar com o prejuízo advindo³³².

A doutrina administrativista, porém, não trabalha tanto com a ideia de conduta e nexo causal com o dano, mas com a noção de boa-fé do administrado. Com efeito, Lucas Rocha Furtado³³³, Diogenes Gasparini³³⁴ e Celso Antônio Bandeira de Mello³³⁵ são alguns autores que defendem o descabimento de indenização pela declaração de invalidade do ato, salvo se restar comprovada a citada boa-fé.

Essa lógica, entretanto, não é muito adequada ao direito ambiental, que, à luz do princípio do poluidor-pagador, incorpora o risco do empreendimento ao seu custo, relegando a discussão do elemento subjetivo a segundo plano. Assim, mesmo sem dolo ou culpa, determinado dano e seus custos podem ser imputados ao indivíduo. Da mesma forma, em se

³³¹ Nesse sentido, cf. MARCHESAN, op. cit., p. 116.

³³² Ibid., pp. 116-7.

³³³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2007, pp. 312-3.

³³⁴ GASPARINI, op. cit., p. 116.

³³⁵ MELLO, op. cit., nota 86, pp. 485-6.

tratando de revisibilidade causada por conduta sua, mesmo de boa-fé deverá suportar o prejuízo, sem correspondente indenização pelo poder público.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho traz interessante proposta. Para o autor, o ato viciado não gera direito adquirido e, portanto, sua invalidação não é passível de indenização. Não obstante, em alguns casos, é possível verificar a responsabilidade civil do Estado, não pela invalidação do ato, mas pela produção daquele inicialmente viciado³³⁶. À semelhança do que se expôs acima, essa ideia não depende do elemento subjetivo dos agentes, mas tão somente da conduta praticada se ligar ao dano sofrido.

Outro fundamento para tanto pode ser encontrado, também, no princípio da proteção da confiança, ou seja, na legítima expectativa de que o ato administrativo é válido e capaz de gerar os efeitos normalmente produzidos. Analisando com profundidade tal princípio, Valter Shuenquener de Araújo identifica três aspectos substanciais derivados de sua aplicação: (i) proteção através da preservação do ato; (ii) tutela através de regras de transição; e (iii) proteção compensatória³³⁷.

Os dois primeiros são certamente preferíveis em relação ao terceiro, notoriamente mais gravoso³³⁸. Não obstante, procedida a revisibilidade da licença ambiental como consequência direta de um ato do poder público, surge para o particular direito de ser indenizado. Essa reparação, destarte, seria consequência não da retirada do ato primário, mas da violação a uma legítima expectativa do administrado.

Situação diferente é aquela em que a revisão decorre de um fato imprevisível e/ou inevitável, sem que se possa imputa-lo a quaisquer das partes afetadas. Cuida-se exatamente da hipótese que dá lastro à revogação, como também à suspensão autônoma e à modificação das licenças ambientais. Certamente aqui reside a maior fonte de conflitos entre empreendedores e poder público.

De fato, há argumentos de igual força que determinam tanto o cabimento como não surgimento de pretensão indenizatória. A primeira posição se fia no princípio da estabilidade das relações jurídicas, que conduz à noção de direito adquirido a exercer a atividade pelo

³³⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., pp. 312-3.

³³⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Ímpetus, 2009, pp. 220-36.

³³⁸ No direito ambiental, a possibilidade de manutenção de um ato ilegal à luz do princípio da confiança é muito pouco explorada. Exemplo disso são as inúmeras ações civis públicas propostas pelo MPF visando à invalidação de licenças ambientais ao simples argumento de vício de competência, sem qualquer demonstração de efetivo prejuízo ao meio ambiente.

prazo avençado. Em termos de segurança jurídica, a manutenção do *status quo* é a regra e sua exceção deveria ser acompanhada da devida compensação³³⁹.

Por outro lado, há também fundamentos para que se permita, verificados os pressupostos acima tratados, a plena revisibilidade do ato original independentemente de indenização, dentre os quais se destacam as já citadas cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão, bem como a ideia (revisitada) de supremacia do interesse público³⁴⁰. Seguramente, seja qual posição se adote, esta não será imune a críticas.

Não por outro motivo, Canotilho mostra-se bastante parcimonioso ao cuidar do tema, chegando a se referir à questão da indenização como um dos pontos mais obscuros da livre revogabilidade de atos administrativos favoráveis por razões de atualização do interesse público³⁴¹. O mestre português salienta, outrossim, a aparente tendência doutrinária e jurisprudencial de admitir, contemporaneamente, a responsabilidade civil do Estado por ato lícito como lastro para o cabimento de compensação ao particular.

Sobre o ponto, Maurício de Jesus Nunes da Silva analisa a contenda sob o espreque dos princípios específicos ao direito ambiental. Conclui o autor que, na revogação das licenças ambientais, o empreendedor nunca terá direito a ser indenizado, pois se cuida de risco inerente à atividade efetiva ou pretensamente desempenhada, que deve ser internalizado no processo produtivo, e não difundido pela sociedade como um todo³⁴².

A princípio, parece contraditório se defender a indenização decorrente da revogação de uma licença ambiental ao passo em que, à luz da atual teoria sobre a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, esse mesmo agente poderia ser condenado a reparar eventual prejuízo causado por sua atividade. Há, porém, uma distinção essencial que pode afastar essa aparente contradição teórica.

Com efeito, a responsabilidade civil objetiva é um instrumento de internalização das externalidades negativas, ou seja, busca inserir no processo produtivo um custo que, *a priori*, seria difundido pela sociedade. Ainda que se repasse esse despesa ao consumidor final, ainda assim se verifica uma melhor adequação dessa medida, que resguarda ao menos um nexo indireto com o consumo do produto ou serviço.

³³⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 464; e MEIRELLES, op. cit., p. 205.

³⁴⁰ ARAGÃO, op. cit., p. 171; e GASPARINI, op. cit., p. 110.

³⁴¹ CANOTILHO, op. cit., p. 37.

³⁴² SILVA, op. cit., pp. 14-6.

Esse raciocínio, porém, não pode ser aplicado indiscriminadamente aos casos de revogação das licenças ambientais. Não há que se falar em internalização de custo a um processo produtivo que, salvo em se tratando de empresa de grande porte com atuação espalhada, deixa de existir. O raciocínio é mais fático do que jurídico.

Na responsabilidade civil, a regra é que a empresa – e, conseqüentemente, o processo produtivo – continue a existir. Daí porque se pode internalizar um custo que, pouco a pouco, será absorvido e superado. Já na revogação, em especial no caso de uma atividade de pequeno porte, esta provavelmente deixará de ser executada. Aí então, por impossibilidade lógica, não haverá que se falar em internalização de um custo a um processo produtivo que não mais existe.

Portanto, esse custo não pode ser internalizado antes da revogação, pois o fato ulterior que lhe deu ensejo era imprevisível. Também não pode ser absorvido depois, pois a revisão da licença encerrou o processo produtivo. Logo, a lógica indenizatória, nesses casos, deve ser examinada de maneira distinta da clássica responsabilidade civil por dano ambiental, apesar de tomando por base os mesmos fundamentos que lhe informam.

De qualquer forma, é um contraponto interessante à tese que defende o cabimento de indenização. Parece, então, mais coerente que não se fixe abstratamente uma regra geral. Novamente, as circunstâncias do caso concreto – estado de instalação, tempo de operação, porte da empresa, investimentos de curto e longo prazo comprovados etc. – induzirão o intérprete a uma ou outra solução, sempre à vista dos princípios pertinentes.

Eventualmente constatada a pertinência de indenização, a questão do *quantum* indenizatório traz, da mesma maneira, divergências de difícil solução. Nessa esteira, identificado o cabimento de reparação em pecúnia pela revisão da licença ambiental, há que se quantificar o dano emergente sofrido pelo empreendedor. A dimensão econômica do direito ambiental, referida no primeiro capítulo, certamente ajudará nessa árdua empreitada.

Segundo Sergio Cavalieri Filho, dano emergente, também chamado positivo, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima, ou seja, caracteriza-se por aquilo que ela concretamente perdeu³⁴³. Sua compensação não tem objetivo remuneratório, mas visa tão-somente à recomposição do *status quo*, com referência a gastos certos, anteriores à revisão, é dizer, sem qualquer perspectiva futura.

³⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003, p. 91.

Não há, porém, que se falar em indenização por lucros cessantes, aqueles que o particular razoavelmente deixou de receber, cuja absorção deve se dar pela teoria do risco do empreendimento. Afinal, não cabe ao Estado garantir lucro, mas sim zelar pela manutenção do equilíbrio das relações jurídicas. Em outras palavras, mesmo sendo cabível indenização pela revisão da licença ambiental, em hipótese alguma o lucro prospectivo, aquele cuja percepção é tão-somente expectada, pode ser incluído na base de cálculo³⁴⁴.

Finalmente, concluindo-se pelo cabimento de indenização e liquidado seu valor, impõe-se verificar como esse pagamento é feito. Aqui, o ordenamento jurídico pátrio se ressentido de regulamentação daquilo que se pode chamar de desapropriação de direito³⁴⁵. Com efeito, em solo brasileiro, a desapropriação é entendida apenas como forma originária de aquisição de propriedade pelo poder público.

A ampliação do conceito de expropriação para abranger também a supressão (e não transmissão) de um direito adquirido materializaria de vez o terceiro aspecto citado por Canotilho (proteção compensatória) e evidenciaria a garantia de valor desse amparo constitucional. Assegurar-se-ia ao particular que o Estado somente interviria na sua esfera patrimonial mediante prévia e justa indenização, sempre resguardada a possibilidade de judicialização para se definir o montante indenizatório em caso de discordância entre os envolvidos.

Hodiernamente, contudo, não há preocupação com esse aspecto da revisibilidade das licenças ambientais³⁴⁶. Os poucos precedentes que se encontra – já citados neste trabalho – demonstram que o órgão competente verifica e, se for o caso, executa apenas a revisão

³⁴⁴ No mesmo sentido, cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 35, p. 39, jul. 2004, p. 11. Defendendo a indenização também dos lucros cessantes, cf. FARIAS, op. cit., p. 169-71.

³⁴⁵ Sobre a possibilidade de desapropriação de direito, Miguel Nogueira de Brito desenvolve interessante argumentação extensiva do direito de propriedade, nele incluindo também o direito adquirido dotado de expressão econômica. Refere, outrossim, à ideia de expropriação material (em substituição ao conceito clássico) como *garantia de permanência* e *garantia de valor* da propriedade privada e dos direitos subjetivos já incorporados ao patrimônio do indivíduo (BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 993-1050).

³⁴⁶ Um dos poucos autores que trata do procedimento para o que chama de revogação expropriatória é Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não cabe à Administração decidir que revoga e remeter o lesado às vias judiciais para composição patrimonial dos danos. Isto corresponderia à ofensa de um direito e à prática de um ato ilegítimo que o Judiciário deve fulminar se o interessado o requerer. A lei prevê o instituto da expropriação quando é irredutível o choque entre um interesse público e um direito do administrado. E na desapropriação há um procedimento a observar e há, de regra, necessidade de indenização prévia, justa e em dinheiro.” (MELLO, op. cit., nota 86, p. 462).

propriamente dita, relegando ao poder judiciário, em sede de eventual ação proposta pelo prejudicado, decidir se há necessidade de compensação, bem como do respectivo valor.

3.8 Competência para revisão

Por fim, constatada no caso concreto a possibilidade de empreender algum tipo de revisão das licenças ambientais, cumpre examinar quem, dentro do poder público como um todo, teria competência institucional para fazê-lo. Em sede administrativa, não há grandes dúvidas. O ente dotado de atribuição para proceder ao licenciamento ambiental é também aquele competente para decidir sobre a revisibilidade das licenças anteriormente deferidas. Apenas duas controvérsias exsurtem dessa afirmação.

A primeira diz respeito a eventuais modificações das regras de competência exatamente nesse lapso entre a expedição da licença e sua revisão. Imagine-se, por exemplo, que dado empreendimento no Estado do RJ foi licenciado pelo IBAMA, mas com a edição da LCp 140/2011 dita competência passou a ser do INEA. Nesse caso hipotético, parece que o órgão estadual deteria atribuição para a revisão, ainda que se cuidasse de ato originário do ente federal. Trata-se de aplicação imediata de uma norma processual, plenamente aceita em contendas similares pela jurisprudência pátria³⁴⁷.

A outra questão que se pode suscitar refere ao exercício da competência supletiva esposada no capítulo anterior, seja no momento da própria revisão ou do licenciamento inicial. No primeiro caso, é possível defender a aplicação da competência supletiva também para o processo de revisão. Assim, na inexistência de órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou Município ou, ainda, em havendo omissão na análise de pedido formulado pelo interessado, o Estado pode assumir a competência revisora inicialmente atribuída ao Município e a União aquela atinente ao Estado.

Contenda mais difícil, certamente, se dá quando a licença foi expedida por órgão exercendo a competência supletiva. Nesse caso, a quem caberia sua revisão, ao ente

³⁴⁷ A Emenda Constitucional 45, de 31/12/2014, alterou a competência jurisdicional para julgar as demandas indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho, passando da Justiça Estadual para a Justiça Trabalhista, tendo-se instaurado, por consequência, amplo debate sobre o que fazer com os processos já aforados. Convencionou-se, então, que os processos em trâmite seriam remetidos à justiça especializada, salvo se já houvesse sido proferida sentença de mérito. Contendo detalhado histórico da controvérsia, cf. STJ, 2ª Seção, CCo 44.793, Relator Min. Jorge Scartezini, DJ 10/10/2005.

originalmente competente ou àquele que efetivamente expediu a licença? Com efeito, à luz de regras de competência análogas³⁴⁸, parece mais acertado que a atribuição permaneça com o órgão inicialmente competente, salvo se também no processo de revisão se observar alguma das causas de modificação elencadas na LCp 140/2011.

Essa solução tem um claro contraponto, qual seja, a possibilidade de um ente federativo rever a decisão de outro, por exemplo, o INEA revogar uma licença expedida pelo IBAMA. Não obstante, nesse caso, a autarquia federal teria exercido, excepcionalmente, uma competência que não lhe era afeta. Mais adequado seria, certamente, que isso não ocorresse. Mas a realidade brasileira em matéria ambiental, notadamente no que tange aos Estados e Municípios de menor expressão financeira, ainda não admite a supressão da competência supletiva³⁴⁹.

Interessante dúvida é se, além de administrativamente, a revisão das licenças ambientais também poderia se dar pela via judicial, notadamente em sede de ação civil pública. Novamente com espreque na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, conclui-se que a determinação dos conceitos objetivamente compreendidos e daqueles que possuem natureza empírica e descritiva, por admitirem uma solução ótima, pode ser feita em âmbito jurisdicional.

Nesse diapasão, mesmo a discricionariedade técnica exercida pelo órgão ambiental é sindicável pelo poder judiciário, desde que observados os limites acima esposados, especificamente no que se refere ao ônus argumentativo para afastar sua presunção de legitimidade. A afirmação em abstrato de que a questão pode ser deduzida em juízo não significa que, em concreto, a intervenção judicial seja aceita, devendo para tanto haver substancial fundamentação contrária ao ato administrativo que se busca rever.

Há hipóteses mais fáceis de se admitir a judicialização da revisibilidade das licenças ambientais, notadamente aquelas em que a carga discricionária é bastante reduzida. A cassação, por exemplo, caracterizada pelo descumprimento de condicionantes, é uma delas. Além disso, a invalidação por vício formal também tende a ser judicializada sem grandes percalços. Em ambas as espécies de revisão, os fundamentos pertinentes conduzem a uma maior vinculação do ato, como aliás as nulidades procedimentais em regra acarretam.

³⁴⁸ Uma regra análoga é aquela constante no art. 109, inciso III, da Constituição Federal. Nesse caso, o exercício da competência federal delegada ao juiz estadual somente dura enquanto persistir o fato que lhe deu ensejo. Instalada vara federal na comarca, cessa-se imediatamente a delegação e o juiz federal passa a ser competente inclusive para rever decisões proferidas pelo juiz estadual (uma liminar, por exemplo).

³⁴⁹ Sobre a possível inconstitucionalidade da competência supletiva, cf. nota de rodapé 109.

É, porém, no âmbito da discricionariedade técnica – que pode conduzir a uma invalidade material – que a controvérsia se instala de maneira mais acentuada. Por exemplo, no licenciamento da Usina Hidrelétrica de Jirau, no Rio Madeira, a 120 km de Porto Velho/RO, a licença de instalação foi deferida para uma localidade distante 9 km daquela aprovada pela licença prévia, em local conhecido como Cachoeira do Inferno. O Ministério Público, tanto Federal como Estadual, propôs ação civil pública e ação de improbidade administrativa impugnando essa modificação.

A questão então deduzida dizia respeito à extensão do dano dessa nova localização, se similar ao do pretérito sítio ou não. Isso porque, a depender dessa nova definição da extensão do dano, haveria necessidade de produção de novo estudo de impacto ambiental. Nota-se, então, que não se estava tratando de vício formal – o problema não atingia o procedimento, mas o conteúdo da licença – nem de discricionariedade administrativa sobre a viabilidade ambiental do empreendimento. O âmbito era próprio da discricionariedade técnica.

Na oportunidade, tanto o juiz federal de 1ª instância quanto o Tribunal Regional Federal da 1ª Região indeferiram o pleito liminar ao argumento que se tratava de discricionariedade do órgão ambiental, não sujeita à reanálise pelo poder judiciário³⁵⁰. Esse, de fato, parece ser o entendimento prevalecente na jurisprudência, no que pesem os legitimados extraordinários para defesa do meio ambiente em juízo ordinariamente demandarem maior grau de intervenção.

De qualquer forma, é no que toca à determinação dos conceitos que dependem de valoração subjetiva que o tema se torna ainda mais controvertido. Há algumas décadas, um ato discricionário de maneira alguma poderia ser atingido por uma decisão judicial, sob pena de violação ao então intocável princípio da separação e independência dos poderes.

Em todo o ocidente, desde a segunda metade do século XX, tal premissa vem perdendo força. A aclamada eficácia direta e imediata dos princípios constitucionais³⁵¹, viabilizada pelas modernas técnicas hermenêuticas, impôs limites à discricionariedade

³⁵⁰ Ação civil pública 0005471-70.2008.4.01.4100 e ação de improbidade administrativa 0007767-65.2008.4.01.4100. O Tribunal de Contas da União também se manifestou sobre o caso: “Ora, se a própria localização é uma característica técnica do empreendimento, não se vislumbra que seu dado não possa ser revisto, pois o que está sendo leiloado conforme o Edital, ou seja, o objeto do Leilão, é a Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau e não a obra em si. Nessa esteira, o ato que definiu os pontos de melhor repartição de quedas (aproveitamento ótimo) pode ser revisto a qualquer momento pelo poder concedente, a pedido ou não, exatamente por se tratar de um aspecto técnico que não é absoluto, podendo apresentar inúmeras alternativas que se mostrarão boas ou ruins quando confrontadas com critérios técnicos de custos, impactos ambientais, energéticos, etc.” (TC-016.594/2008-0)

³⁵¹ Sobre o tema, cf. SARLET, op. cit., nota 274, pp. 229 et seq.

administrativa. Hoje, no Brasil, está plenamente consolidada a ideia de que os direitos fundamentais, em destaque o princípio da proporcionalidade, desenham esses parâmetros restritivos da atividade executiva.

Cumpra pontuar que não cabe ao judiciário simplesmente substituir a subjetividade do administrador pela sua própria, mas tão-somente zelar para que não haja excesso de qualquer das pontas, ou seja, para que nenhum direito fundamental seja integralmente suprimido, preservando-se sempre seu núcleo rígido³⁵². Delimitados esses parâmetros, a judicialização dos conflitos que impliquem valoração subjetiva de um conceito jurídico indeterminado deve ser evitada.

O tema é por demais complexo para ser tratado nessas breves linhas. Mas as premissas básicas foram lançadas. Em sede de revisibilidade das licenças ambientais, a intervenção judicial deve ser adstrita à determinação de conceitos objetivamente compreendidos e daqueles que possuem natureza empírica e descritiva. No mais, a atuação jurisdicional deve apenas zelar para que não haja supressão de nenhum direito fundamental no que tange ao seu mínimo intangível.

³⁵² Sobre a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, cf. MENDES, op. cit., pp. 349-55.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto acima, é possível depreender algumas conclusões no que se refere tanto à revisibilidade das licenças ambientais quanto às premissas gerais que lastreiam a investigação empreendida.

Em primeiro lugar, analisaram-se algumas bases teóricas estruturais do direito ambiental. Os temas então esposados, se não específicos ao objetivo aqui proposto, serviram de substrato para a elaboração de raciocínio jurídico atinente ao licenciamento dos empreendimentos causadores de degradação ambiental, bem como de sua possível revisão. Em se tratando de exame de questões com profundidade inovadora, essa base propedêutica mostrou-se bastante pertinente, sistematicamente lembrada nos pontos que lhe seguiram.

Nesse sentido, começou-se por traçar um apanhado da evolução ética e normativa da proteção jurídica ao meio ambiente, passando por três etapas bem definidas: o *laissez-faire* ambiental, a fase fragmentária e, por fim, a fase holística. Essa última, caracterizada pela compreensão do meio ambiente como um todo indivisível, orienta a atual noção de desenvolvimento sustentável como uma necessária ponderação do aspecto econômico, social e ambiental.

Em seguida, foi feito um breve apanhado de alguns dos aspectos da constitucionalização do direito ambiental empreendida pela Constituição Federal de 1988. Em termos normativos e valorativos, a elevação das normas de proteção do meio ambiente ao nível hierárquico mais alto dentro do ordenamento caracteriza um marco de substancial importância. Dentre os benefícios advindos, cumpriu citar: (1) o estabelecimento de um dever genérico de não degradar; (2) a ecologização do direito de propriedade e sua função social; (3) a identificação normativa e axiológica com direito fundamental; (4) a legitimação da função reguladora estatal; (5) a redução da discricionariedade administrativa; e (6) a ampliação da participação popular.

Além desses, verificou-se ademais, em âmbito formal: (1) a máxima preeminência e proeminência das normas ambientais; (2) o incremento de segurança jurídica; (3) a substituição do paradigma legal em favor do constitucional; (4) a possibilidade de controle de validade das normas infraconstitucionais; e (5) o reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais.

Associado aos aspectos da constitucionalização do direito ambiental, fez-se também uma análise dos parâmetros éticos que orientam e complementam a normativa pertinente.

Nesse sentido, foram expostas as três principais teorias sobre o tema, a saber, o antropocentrismo puro, o antropocentrismo mitigado e o não antropocentrismo, esta última abarcando o biocentrismo e o ecocentrismo.

Na oportunidade, concluiu-se que o antropocentrismo puro, aquela corrente que toma o ser humano como epicentro, já não tem mais guarida no atual estágio das diversas ciências referentes. São as duas outras doutrinas, o antropocentrismo mitigado e o não antropocentrismo, que prevalecem hodiernamente, ambas determinando o afastamento do homem como elemento valorativo supremo.

Nesse diapasão, tanto os aspectos da constitucionalização como os paradigmas éticos não têm relação direta com o tema proposto neste estudo, mas orientam o raciocínio a ser empreendido no decorrer dele, servindo como premissas a partir das quais se podem formular ideias como a da ponderação de interesses, tão cara ao licenciamento e à revisibilidade das licenças ambientais. Daí porque seu exame foi considerado relevante.

Posteriormente, fixados os parâmetros normativos e éticos, passou-se a cuidar do princípio da solidariedade como fundamento primário do poder-dever de proteção do meio ambiente. Ao contrário do que ocorria com os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, os direitos difusos determinam uma multiplicidade de obrigações, não direcionadas unicamente ao Estado como também aos diversos setores sociais, inclusive particulares.

Conforme esposado, o dever de manter o meio ambiente equilibrado é de todos, ao mesmo passo em que favorece a todos indiscriminadamente. Não se trata mais de uma exigência – positiva ou negativa – de um (particular) para com outro (poder público), mas sim de um pacto universal, juridicamente relevante, cogente e indisponível. Essas características das normas ambientais impõem uma análise diferenciada do processo de revisão das licenças ambientais, distinta daquela feita à luz das clássicas posições dos direitos fundamentais.

Em seguida, constatado o poder-dever de proteção do meio ambiente, intentou-se examinar a forma como a intervenção estatal deve se dar, sem olvidar também do dever solidário dos particulares. Em primeiro lugar, a dimensão econômica do direito ambiental auxilia no trato da questão, notadamente por configurar um parâmetro para eventuais ponderações de interesses que venham a ser colocadas.

No ponto, as teorias da correção do mercado e da extensão do mercado, bem como as críticas às mesmas, são destaque. De qualquer forma, talvez o aspecto mais importante então suscitado tenha sido a noção de que o valor da natureza não se adstringe à soma dos seus recursos naturais. A universalidade representa muito mais do que isso, no que pese de difícil quantificação.

Possivelmente a melhor subdivisão dos elementos a serem considerados propõe os seguintes aspectos: valor de uso, valor do afastamento de risco, valor de quase-opção, valor moral ou existencial, valor de uso virtual e valor de herança. Cada um desses foi explicado, mesmo que sucintamente, no item 1.5. A simples leitura dessa classificação, porém, já denota a valorização não restrita aos recursos naturais individualmente considerados e somados.

Encerrando o primeiro capítulo, fez-se um apanhado da implementação legal (*enforcement*) como forma de assegurar o respeito, obediência e cumprimento das normas (*compliance*). Nesse sentido, o direito contemporâneo já não mais admite uma análise dissociada no contexto social em que se insere, focada apenas no estudo do ordenamento jurídico abstratamente considerado.

E mais, restou identificado que as regras de *comando e controle* são amiúde insuficientes para a implementação da regulação do meio ambiente. Nessa seara específica, há que se ampliar o aparato estatal interventivo para compreender, outrossim, os mais distintos meios de concretização da norma jurídica. E um desses instrumentos é exatamente o licenciamento ambiental, bem como a revisibilidade das licenças expedidas.

Tratadas das premissas teóricas do direito ambiental, o capítulo seguinte foi direcionado a expor alguns aspectos da teoria geral do licenciamento ambiental, a começar pelo conceito jurídico desse instrumento. No ponto, verificou-se a necessidade de referir a três características próprias ao instituto. Em primeiro lugar, o reconhecimento de que seu manejo é atividade tipicamente estatal, a ser exercida diretamente pelo ente federativo competente ou por algum autarquia ou fundação pública especializada.

Ademais, há consenso no sentido de que o licenciamento é uma espécie de processo administrativo, devendo obediência, portanto, ao princípio do devido processo legal, tanto formal como substantivamente. No mais, também foi feita referência à necessidade de conclusão desse processo, mediante prolação de um ato definitivo com conteúdo positivo ou negativo, ou seja, deferindo ou indeferindo a licença ambiental pleiteada pelo interessado.

A partir desses três elementos, incrementou-se o conceito legal de licenciamento ambiental da seguinte forma: é um instrumento da PNMA através do qual o poder público, obedecido o devido processo legal, permite ou não a execução de empreendimento considerado efetiva ou potencialmente poluidor, oportunamente impondo condicionantes e fiscalizando seu cumprimento.

Depois, feito um breve histórico do surgimento e evolução das bases normativas do direito ambiental, passou-se a cuidar mais detidamente de questão altamente controversa: a

competência para conduzir o licenciamento das obras e atividades causadoras de degradação ao meio ambiente.

Nesse sentido, o art. 23, inciso VI, da CF/88 preceitua que a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas é tarefa comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos disciplinados através de lei complementar. Durante anos, a matéria foi regida pela Resolução 237/97 do CONAMA, até a edição da LCp 140/11.

Antes disso, a regra geral para fixação da competência para licenciar era determinada pelo critério da extensão do dano ambiental. Assim, se o empreendimento causasse impacto direto que ultrapassasse os limites territoriais do país ou abrangesse mais de um Estado-membro, caberia ao órgão federal conduzir o processo. Se ficasse adstrito a apenas um Estado, incumbiria-lhe o mister, exceto na hipótese de dano local, em que a atividade seria afeta ao Município.

Viu-se, porém, que a Lei Complementar 140/11 não mais previu esse critério, no que pese ele permanecer até hoje sendo aplicado pelos órgãos ambientais no país. Atualmente, ao menos em teoria, tem-se o seguinte panorama: se o empreendimento licenciado estiver localizado em um dos locais previstos no art. 7º, inciso XIV, da LCp 140/2011, bem como se a atividade desenvolvida constar no referido rol, o licenciamento ambiental caberá ao órgão federal, atualmente o IBAMA. Do contrário, a competência será do Estado em que estiver situado, exceto no caso de impacto local, se o Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONEMA) houver definido tipologias para atuação dos municípios.

Em continuidade, fez-se sintético apanhado sobre o procedimento federal ordinário de licenciamento ambiental, cujas regras básicas se extraem no IN 184/2008. Em especial, foi ressaltada a divisão do processo em três etapas distintas, associadas a cada um dos tipos de licença: prévia, de instalação e de operação. Nesse sentido, cada uma dessas etapas demanda estudos técnicos próprios, em regra seguidos por pedido de esclarecimentos, visando ao final a subsidiar a decisão da autoridade competente.

Passando à análise da natureza jurídica das licenças ambientais, viu-se que a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, no que pese ser objeto de contundentes críticas, parece adequada para explicar a diferença de vinculação e discricionariedade, sendo esses os extremos hipotéticos de uma linha de graduação dos diversos atos administrativos, que ora tendem para um, ora para outro lado.

Por essa teoria, existem conceitos objetivamente compreendidos, outros que podem ser revelados por conhecimento empírico e descritivo e, por fim, aqueles cujo significado

depende de valoração subjetiva. Os primeiros são inerentes às atividades vinculadas. No segundo tipo, percebe-se o campo próprio da discricionariedade técnica. Por fim, na terceira espécie de conceitos indeterminados, tem espaço a discricionariedade administrativa propriamente dita.

A licença prévia, no que tange à análise da viabilidade ambiental e localização do empreendimento, em regra coloca valores contrapostos, que devem ser ponderados pelo administrador. Cuida-se, então, de atividade discricionária e, por conseguinte, se aproxima de uma autorização. Já as outras duas – de instalação e operação – contam com conceitos determináveis pela técnica e se achegam ao campo da discricionariedade técnica, mais afeta aos atos vinculados e, destarte, às típicas licenças.

Em quaisquer das hipóteses, elementos do caso concreto podem conduzir à conclusão oposta, sempre tendo em vista se o administrador foi ou não instado a exercer juízo de valor para determinar um conceito legal. No mais, todo e qualquer ato – discricionário, vinculado ou *sui generis* – é restrito pelos próprios limites de atuação do Estado.

Fixadas essas premissas, passou-se a estudar a revisibilidade das licenças ambientais, entendida como um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente através do qual o órgão competente exerce constante juízo de ponderação dos interesses atinentes a determinados empreendimentos licenciados, podendo culminar na manutenção ou, respeitado o devido processo legal, na suspensão, modificação ou cancelamento dessas (cassação, invalidação e revogação).

Cuida-se de atividade que emana do poder de polícia da administração pública, bem como do dever que ela tem de anular seus atos eivados de vício de legalidade e da prerrogativa de revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade (art. 53 da Lei 9.784/99 e na Súmula 473 do STF). Algumas hipóteses de revisão foram elencadas no art. 19 da Resolução 237/97 do CONAMA, mas verificou-se tratar de rol exemplificativo. Em última análise, a medida se reflete como resultado de uma ponderação de interesses de igual hierarquia ético-normativa, cujo fundamento não se extrai apenas de citada norma infralegal.

Nesse sentido, sobre as espécies de revisão, a suspensão autônoma se caracteriza pela provisoriedade, é dizer, pela eficácia temporal limitada até que se ultime o prazo fixado ou advenha circunstância que determine o retorno ao *status quo*. Cuida-se de resposta a uma circunstância excepcional e transitória (fática ou jurídica) e eventualmente deixará de produzir efeitos.

Ao lado dessa que se denominou suspensão autônoma, visto que não diretamente ligada a outra espécie de revisibilidade, é possível verificar também a suspensão cautelar.

Refere-se à hipótese em que a medida definitiva a ser tomada pelo órgão competente tem cunho permanente, mas depende de prévio e regular processo administrativo, com respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa. Assim, caracterizar-se-ia como ato de cautela até que fosse proferida decisão final sobre o tipo permanente de revisão.

A modificação, por sua vez, tem âmbito quando, frente a um quadro distinto daquele inicialmente imaginado, há necessidade de adequação da licença ambiental à real situação verificada. Não se trata de alteração substantiva dessa, mas sim de simples ajustamento, normalmente associado a uma ou algumas condicionantes. Pode se dar por ausência, sub ou superestimação de um impacto causado pelo empreendimento, pela verificação de omissão ou falsidade nas informações que subsidiaram a expedição da respectiva licença e, outrossim, quando há uma alteração normativa superveniente.

Já a cassação representa uma resposta jurídica à hipótese em que o empreendedor não obedece os termos da licença de que dispõe, notadamente no que tange às suas condicionantes. Ocorre, por exemplo, no caso de descumprimento de partes essenciais do projeto, da lei ou regulamento que rege a execução do projeto ou das exigências do alvará de licença. Pode-se identifica-la, também, como uma punição administrativa por um ato ilícito, conforme previsão no art. 72, § 8º, inciso II, da Lei 9.605/98 e art. 20, inciso II, do Decreto 6.514/08.

A invalidação é espécie de revisão através da qual, constatado vício formal ou material no processo de licenciamento, declara-se a nulidade da decisão que concedeu e, por consequência, da licença ambiental expedida. Há, nesses casos, algum tipo de irregularidade que corrompe o ato, fulminando-o de tal sorte que sua manutenção – exceto se viável sua convalidação – torna-se nociva à relação jurídica que se pretende regular, senão apenas pelo seu conteúdo, mas também pela insegurança de se admitir a validade e aptidão para gerar efeitos de um ato ilegítimo, ilegal ou até mesmo inconstitucional.

A última espécie de revisão das licenças ambientais – a revogação – é, certamente, aquela que traz mais incerteza jurídica, tanto com relação às causas que lhe dão ensejo quanto aos efeitos dela advindos. Como se viu, cuida-se de desfazimento discricionário de um ato administrativo, o resultado de uma reavaliação do mérito.

Para que se viabilize ao órgão público adotar tal medida, verificou-se necessidade de preenchimento de quatro requisitos cumulativos: (i) temporal, ou seja, esta deve estar ainda vigente; (ii) formal, é dizer, observância, formal e substancial, ao devido processo legal; (iii) material, existência de interesse público primário; e (iv) material, existência de fato novo *lato sensu*, que pode se dar pela ocorrência ulterior de evento imprevisível, pela descoberta

posterior de fato anterior desconhecido (e não cognoscível), pela modificação normativa através de alteração textual ou pela modificação normativa por evolução interpretativa.

Além do desfazimento discricionário de um ato administrativo, chamado de revogação própria, constatou-se também hipótese em que a revogação era medida imperativa como decorrência de uma mutação fática ou normativa que conduzisse à reinterpretação de um conceito jurídico objetivamente compreendidos ou revelados por conhecimento empírico e descritivo. Nesse caso, a chamada revogação imprópria não é discricionária propriamente dita, refletindo um dever de agir do órgão público, inclusive sindicável judicialmente.

Analisadas individualmente as espécies de revisão das licenças ambientais, fez-se um breve apanhado do principal contraponto a seu cabimento, qual seja, a proteção constitucional do direito adquirido. Este pode ser compreendido como o direito que já se incorporou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem norma nem fato posterior possam alterar a situação jurídica consolidada sob sua égide.

Com efeito, as leis concernentes às instituições jurídicas outorgam aos indivíduos apenas uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e uma expectativa de direito quanto ao ser ou ao modo de ser do direito. Isso significa dizer que não existe direito adquirido a regime jurídico. Distinta situação é aquela em que as normas efetivamente determinam aquisição de direito, cuja garantia constitucional impõe respeito à estabilidade das relações subjacentes.

Nesse último caso, a revisibilidade das licenças ambientais demandará uma ponderação dessa garantia com os demais princípio envolvidos, eventualmente resolvendo-se em desfavor daquela com o conseqüente pagamento de indenização pelos danos emergentes sofridos pelo então detentor da licença, mas não por possíveis lucros cessantes.

Por fim, constatou-se que o ente dotado de atribuição para proceder ao licenciamento ambiental é também aquele competente para decidir sobre a revisibilidade das licenças anteriormente deferidas. No mais, a intervenção judicial é admitida na determinação de conceitos objetivamente compreendidos, daqueles que possuem natureza empírica e descritiva e, quanto à discricionariedade administrativa, no zelo para que não haja supressão de nenhum direito fundamental no que tange ao seu mínimo intangível.

Enfim, restou confirmada e detalhada a hipótese inicialmente proposta: observadas determinadas condições, é cabível a revisão de uma licença ambiental mesmo antes de encerrada sua vigência temporal. Abstratamente, pode-se afirmar que sim. Mas, no caso concreto, os fundamentos aqui fixados devem ser submetidos a uma reinterpretação, sempre à luz dos princípios constitucionais envolvidos.

REFERÊNCIAS

- ACKER, Francisco Thomaz Van. Breves considerações sobre a Resolução 237, de 19.12.1997, do CONAMA, que estabelece critérios para o licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, p. 165, out. 1997.
- ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. *Economía ecológica y política ambiental*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e da ilegalidade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, p. 105, jan. 1999.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Sarah Carneiro. *Licenciamento ambiental no Brasil: uma análise jurídica e jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Ímpetus, 2009.
- ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO; Gabriela Muller Carioba. O dever de elaboração e implementação do zoneamento ecológico-econômico e a efetividade do licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 43, p. 203, jul. 2006.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BAPTISTA, Fernando; LIMA, André. *Licenciamento ambiental e a resolução CONAMA 237/97*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, p. 299, abr. 2000.
- BARBOSA, Américo. *Agenda 21 de Cubatão - Uma história feita por muitas mãos*. Cubatão: CIDE/CIESP, 2012. Disponível em: <<http://www.agenda21cubatao.com.br/livro.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo global*. Madrid: Siglo, 2000.

BELTRÃO, Antônio F. G.. *Aspectos jurídicos do estudo de impacto ambiental (EIA)*. São Paulo: MP, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público. *BDJur*, Brasília, DF, 20 mai. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31406>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *BDJur*, Brasília, DF, 4 dez. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26184>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *BDJur*, Brasília, DF, 21 maio 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31509>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Direito ambiental no Brasil e nos Estados Unidos. *BDJur*, Brasília, DF, 14 jul. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32009>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Direito constitucional ambiental brasileiro. *BDJur*, Brasília, DF, 12 maio 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31149>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. *Direitos humanos e meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

_____. Função Ambiental. *BDJur*, Brasília, DF, 1993. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8754>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48-82, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34690>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Meio ambiente e constituição: uma primeira abordagem. *BDJur*, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8702>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. *BDJur*, Brasília, DF, 7 maio 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. *BDJur*, Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8643>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. O regime brasileiro de unidades de conservação. *BDJur*, Brasília, DF, 16 mar. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27906>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Objetivos do direito ambiental. *BDJur*, Brasília, DF, 3 maio 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30106>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *BDJur*, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8746>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Proteção constitucional do meio ambiente. *BDJur*, Brasília, DF, 16 mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20244>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, v. 15, Salvador, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX*. In: VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). *O novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 11-32.

BRAGA FILHO, Edson de Oliveira. *O licenciamento ambiental: uma visão realista*. São Paulo: Fiusa, 2007.

_____ et al (coords.). *Advocacia Ambiental: segurança para empreender*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 35, p. 83, jul. 2004.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Séries Estatísticas e Séries Históricas*. Disponível em: <<http://serieestatisticas.ibge.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. *Cartilha de licenciamento ambiental (com colaboração do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis)*. 2. ed. Brasília: TCU, 4ª Secretaria de Controle Externo, 2007. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2059156.PDF>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABOCLO, Natalya; MASSUQUETTO, Josely Trevisan. *Propriedade produtiva e desapropriação: uma marcha lenta rumo à máxima efetividade do texto constitucional*. In: SONDA, Claudia; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina (orgs.). *Reforma Agrária e Meio Ambiente: teoria e prática no Estado do Paraná*. Curitiba: ITCG, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer: Direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, matéria ambiental*. São Paulo: Universidade SECOVI-SP, 2013.

_____; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPITULA, Sueli Solange. Interesse público – princípio constitucional implícito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 17, p. 170, out. 1996.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Curso de direito administrativo econômico*. vol 3. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 59, p. 213, abr. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, out. 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Licenciamento ambiental irregular em áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 27, p. 291, jul. 2002.

DAWALIBI, Marcelo. Licença ou autorização ambiental? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 17, p. 179, jan. 2000.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. In: FIGUEIREDO, Marcelo. PONTES, Valmir.. (org.). *Estudos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 1, p. 480-504.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991.

ERTHAL, Thiago Serpa. Os instrumentos processuais de proteção do meio ambiente: releitura a partir do estudo comparado com as class actions. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 37, p. 357-86, jul./set. 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forum, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder constituinte e direito adquirido. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 507, maio 2011.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Curso de direito ambiental*. 6. ed. São Paulo: RT, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 35, p. 39, jul. 2004.

FINK, Daniel Roberto. Audiência pública em matéria ambiental no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 695, p. 264, set. 1993.

_____; ALONSO JR, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; FERREIRA, Paulo; MARI MORITA, Dione. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONTENELLE, Míriam (coord.). *Temas de direito ambiental*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*. 1997. 572 f. Dissertação de doutoramento – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.

GUERRA, Sergio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forum, 2013.

GUERRA, Sidney. O licenciamento ambiental de acordo com a LC 140/2011. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 66, p. 153, abr. 2012.

_____; GUERRA, Sergio. *Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação de acordo com a Lei complementar nº 140/2011*. São Paulo: Atlas, 2012.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of Commons. *Science*, v. 162, 1968, p. 1243-8. Disponível em: <http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html>. Acesso em: 29 set. 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Interesse público (primário) e interesses difusos no direito ambiental: o aspecto "político" de sua concretização. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 63, p. 11, jul. 2011.

_____. Licença ou autorização ambiental? Muita discussão em torno de um falso dilema. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 49, p. 56, jan. 2008.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (orgs.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MACEDO, Ricardo Kohn de. *Sistema de Licenciamento Ambiental Nacional: É Possível SLAN?*. Rio de Janeiro: Octo Comunicações, 2003.

MACHADO, Auro de Quadros. *Licenciamento Ambiental: atuação preventiva do Estado à luz da Constituição da República Federativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; e CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. *Revista Jurídica Virtual*, n. 13, Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/princ-etico.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman. *Estudo prévio de impacto ambiental*. São Paulo: RT, 1993.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

_____. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MONTE-MÓR, Roberto Luís de Melo. *Gestão urbana e o planejamento urbano-regional no Brasil*. In: DINIZ, C. C.; LEMOS, M. B. (org.). *Economia e território*. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; e MELLO, Celso de Albuquerque. *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 527-56.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Legitimidade e discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOTA, Mauricio (coord.). *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *O licenciamento ambiental*. São Paulo: Iglu, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existem uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 770, p. 53, dez. 1999.

_____; e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. A publicidade e o direito de acesso a informações no licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, p. 20, out. 1997.

PIGOU, Arthur C. *Economics of Welfare*. 4. ed. Londres: Macmillan & Co, 1932. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html>>. Acesso em: 10 out. 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Regime jurídico das licenças*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. A necessidade de compatibilização das licenças ambiental e urbanística no processo de municipalização do licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 34, p. 84, abr. 2004.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: EdUnB, 1981.

ROCCO, Rogério. *Estudo de impacto de vizinhança: Instrumento de garantia do direito às cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROHDE, Geraldo Mario. Licença prévia - LP e prática de licenciamento ambiental no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, p. 213, abr. 2000.

SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; e REIS, Antonio Augusto (orgs.). *Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Federalismo cooperativo ecológico, deveres de proteção ambiental do Estado e licenciamento ambiental: algumas considerações em face da LC 140/2011. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 932, p. 609, jun. 2013.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de. *Licenciamento ambiental de grandes empreendimentos no Brasil*. 2013. 100 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade do Porto.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 46, out. 1987.

SILVA, Bruno Campos et al. *Direito Ambiental: Visto por nós Advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 19, ano 5 Maio / Junho 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50963>>. Acesso em: 19 set. 2013.

SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. A revogação da licença ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 53, p. 187, jan. 2009.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. Comentários sobre a nova lei de competências em matéria ambiental (LC 140, de 08.12.2011). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 66, p. 55, abr. 2012.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. A processualidade das licenças ambientais como garantia dos administrados. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 5, p. 81, jan. 1997.

SINGER, Paul. *Economia política da urbanização*. 4. ed. Brasília: Brasiliense, 1977.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUNSTEIN, Cass. *Leyes de miedo: Más allá del principio de precaución*. Trad. Verónica Inês Weinstabl y Servanda Maria de Hagen, Madrid: Katz, 2009.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento ambiental*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2013.

TRENNEPOHL, Natascha. *Manual de direito ambiental*. Niterói: Impetus, 2010.

WALCACER, Fernando Cavalcanti et al. Notas sobre a LC 140/2011. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 70, p. 39, abr. 2013.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada e meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 66, p. 113, abr. 2012.