

Revista de  
**Direito Econômico e  
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



# **REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

vol. 15 | n. 2 | maio/agosto 2024

Periodicidade quadrimestral | ISSN 2179-8214

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR

<https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico>



## **Entre o desenvolvimento econômico e a regulação ambiental: participação popular, livre iniciativa e custos do licenciamento ambiental**

*Between economic development and environmental regulation: popular participation, free initiative and environmental licensing costs*

**Antonio José Maristrello Porto<sup>\*,1</sup>**

<sup>1</sup> Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

antonio.maristrello@fgv.br

<https://orcid.org/0000-0001-9501-7056>

**Erick Sobral Diniz<sup>\*\*,1</sup>**

<sup>1</sup> Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

ericksd@outlook.com

<https://orcid.org/0009-0000-1665-1498>

Como citar este artigo/*How to cite this article*: PORTO, Antonio José Maristrello; DINIZ, Erick Sobral; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Entre o desenvolvimento econômico e a regulação ambiental: participação popular, livre iniciativa e custos do licenciamento ambiental. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 15, n. 2, e259, maio/ago. 2024. doi: 10.7213/revdireconsoc.v15i2.28591

<sup>\*</sup> Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Regulação e da Graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela University of Illinois: Urbana-Champaign (Estados Unidos da América). Vice-diretor da FGV Direito Rio e Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da Fundação Getulio Vargas FGV Direito Rio.

<sup>\*\*</sup> Doutorando e Mestre pela Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Professor da Universidade do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (UnIBP).

**Paulo Fernando de Mello Franco<sup>\*\*\*,1</sup>**

<sup>1</sup> Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

paulo.mello@fgv.br

<https://orcid.org/0000-0002-9312-6379>

Recebido: 02/05/2022

Aprovado: 14/04/2024

Received: 05/02/2022

Approved: 04/14/2024

## Resumo

O presente trabalho tem o intuito de abordar o licenciamento ambiental, questionando o desempenho do modelo institucional disposto pela legislação e implementado pelos órgãos competentes do SISNAMA, no que concerne a questões políticas, custos socioambientais e audiências públicas, comparando-os com as demandas postas pela iniciativa privada. Para tanto, em um primeiro momento expõe-se o ambiente de riscos e incertezas, frente à necessidade de implementação de precaução de modo não só a dimensionar eventuais consequências, a evitar efeitos intergeracionais e danos ambientais irreversíveis, mas também para redimensionar a proteção ambiental em uma relação de custo-benefício. Após, analisa-se a função do poder de polícia na execução da regulação ambiental e sua relação com os custos do licenciamento e o equilíbrio entre o excesso burocrático e a degradação ambiental descomedida. Em seguida, indaga-se sobre as possibilidades de conciliação dos custos socioambientais com a participação popular, em um contexto de excessivas demandas à iniciativa privada. Por fim, analisa-se o projeto de lei 654/15 e a deferência para a administração pública como possível alternativa para a resolução de situações concretas, com adequada participação popular nos processos licenciatórios.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental; Análise Econômica do Direito; licenciamento ambiental; Administração Pública; princípio da precaução.

## Abstract

*The present paper aims to discuss environmental licensing, questioning the efficacy of the institutional model present in legal norms and implemented by the SISNAMA bodies, in relation to political concerns, social-environmental responsibilities, public hearings and consultations, in comparison to demands from the private sector. In that sense, at a first moment, we will contextualize the risks and uncertainties involved in relation to the necessity*

---

<sup>\*\*\*</sup> Professor de Análise Econômica do Direito dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) com estágio doutoral na Universidade de Vigo (UVIGO). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

*of implementing precautionary measures in order not only to assess eventual consequences and to avoid intergenerational effects and irreversible environmental damages, but also to reevaluate the environmental protection with a cost benefit analysis, so that costs of opportunities may be avoided. Furthermore, the administrative police power will be addressed, along with its relation to the environmental licensing issue. After that, there will be some consideration regarding how to conciliate socioenvironmental costs with popular participation, in a context of excessive demands to the private initiative. Finally, the bill 654/15 and the deference to public administration will be analyzed as a potential alternative to solving concrete situations, with the proper popular participation.*

**Keywords:** *Environmental Law; Economic Analysis of Law; environmental licensing; Public Administration; precautionary principle.*

## Sumário

1. Introdução. 2. Precaução, regulação e Administração Pública. 3. Poder de polícia e o licenciamento ambiental: a questão socioambiental. 3.1 Licenciamento, custos socioambientais e audiências públicas: uma visão de mercado. 4. Projeto de Lei 654/15 e a influência política no licenciamento ambiental: prudência da reserva da Administração. 5. Considerações finais. Referências.

## 1. Introdução

É crescente a assunção de atividades econômicas de interesse público pela iniciativa privada, da qual a desestatização dos serviços públicos e a privatização de empresas públicas são bons exemplos. Com isso, o binômio autoridade-imperatividade do Estado precisa ser redimensionado para uma estrutura mais consensual e reflexiva, pragmática e proporcional.

Nesse contexto, se torna necessária a deferência da Administração Pública para situações concretas, tanto para assegurar a concretização de direitos fundamentais quanto para garantir a eficiência e, em última análise, a razoabilidade no trato da coisa pública. É isso o que se pode esperar e exigir (FRANCO, 2016) de uma Administração responsiva e dialógica. Como instrumento para concretizar tal deferência da Administração Pública para com as situações concretas, implementa-se o incremento da participação popular, o qual legitima o processo de tomada de decisão do Estado e, no limite, o próprio Estado: as vontades dos administrados, ainda que venham a ser desconsideradas, serão necessariamente ponderadas pelo ente estatal que passará a ter o ônus argumentativo de contrapô-las.

Há, contudo, limites à participação popular e à deferência sobre o que deliberam os administrados. Os excessos regulatórios, tanto para mais quanto para menos, tendem a ser ruins e, no caso da regulação ambiental, essa tendência também se repete<sup>1</sup>. Nessa seara, o *tradeoff* participação popular vs. a cognição técnico-científica inerente ao processo decisório do Estado e dos *policymakers* em geral se impõe.

O exercício da polícia ambiental na forma do licenciamento ambiental é um dos casos nos quais o referido *tradeoff* se evidencia. O licenciamento ambiental<sup>2</sup> estipula condicionantes à iniciativa privada para a implementação de atividades potencialmente poluidoras e até mesmo para o fornecimento de serviços públicos em regime de concessão, como é o caso de algumas usinas hidrelétricas. A depender da extensão dessas condicionantes os custos podem aumentar, a ponto de tornar-se desinteressante para o empreendedor privado a instalação e operação de uma determinada atividade (geradora ou potencialmente geradora de proveito social).

Nesse contexto, escolhemos a Análise Econômica do Direito como pano de fundo para estimular a compreensão pragmática do Direito porque,

---

<sup>1</sup> A existência de uma ordem econômica constitucional legitima tanto interesses de eficiência alocativa como de políticas redistributivas, sem, contudo, estabelecer como, de fato, tais diretivas devem ser implementadas. Nesse sentido, o excesso regulatório pode ser danoso tanto para a livre iniciativa, no sentido de imposição de excessivos custos para consecução de um empreendimento como para consumidores, na medida em que inviabiliza-se a manutenção da concorrência em determinado setor regulado, tendo em vista a manutenção de custos como barreiras de entrada para novos agentes (a exemplo de capital mínimo, infraestrutura necessária, modalidade societária exigida), o que acabaria afetando o direito de consumir, por conta de uma possível escassez ou falta de elasticidade de produtos, visto o baixo número de atores no mercado. Por outro lado, a ausência de regulação também pode ser concebida como imprudente, visto que num contexto de falhas de mercados e de riscos intergeracionais, não se pode conceber tamanha liberdade para a livre iniciativa sem que os direitos e garantias positivados, principalmente, no Art. 170 da CRFB/88 sejam garantidos. Nesse sentido, Ruy Camillo pondera: “A regulação deve ser conservadora e abrangente ou contida? Sempre poderá haver erro no exame da existência de correção entre um evento tecnológico e um risco. Esse erro pode ser de dois tipos, ensina-nos a estatística: o primeiro seria afirmar como perigosa uma tecnologia que é segura, ao passo que o segundo seria afirmar a inexistência da correlação (ou seja, do risco) quando ele está, de fato, presente. A defesa de que é melhor para o regulador incorrer no erro de excesso de cautela privilegia os interesses de segurança da comunidade em detrimento da liberdade do produtor de comercializar seus produtos. Isso implica exigir que o produtor comprove a segurança de seu produto previamente, em casos em que há riscos relevantes (como saúde e meio ambiente)”. (CAMILO JUNIOR, 2018, p. 53)

<sup>2</sup> Conforme, o decreto estadual nº 1.777-R/07 do ES, o controle ambiental seria gênero do qual o licenciamento ambiental é espécie. O primeiro seria definido como atividade estatal consistente na observância da legislação de proteção ao meio ambiente, por toda e qualquer pessoa jurídica utilizadora de recursos ambientais ou natural, sendo poder-dever do Estado exigir que atividades humanas estejam observando a legislação ambiental, independentemente de estarem licenciadas. O licenciamento ambiental, por sua vez, seria modalidade de controle específico para atividades que devido a suas dimensões, sejam potenciais causadores de degradação ambiental. Assim, tal atividade em conjunto com a fiscalização seriam as principais manifestações do poder de polícia exercido pelo Estado. (ANTUNES, 2011. P. 170-172)

é a partir dela que conseguimos detectar uma estrutura de incentivos positivos e negativos criados pelas normas jurídicas para nortear o comportamento dos agentes envolvidos, regulados e reguladores. Ao passo que a qualquer *player* interessa conhecer os custos e os benefícios das normas jurídicas, ao Direito interessa saber como tais agentes econômicos tendem a reagir frente essas mesmas, com o intuito de avaliar a eficiência e a efetividade de seus atos. Isso seria possível com o ferramental da teoria da escolha racional, que permite analisar o comportamento dos agentes econômicos em um ambiente de recursos limitados visando a alocação eficiente de recursos, com a premissa de que cada escolha implica em uma renúncia e, portanto, um custo de oportunidade (BINENBOJM, 2016, p. 156).

Para o direito administrativo, a eficiência costuma significar que se faça o máximo com um dispêndio mínimo de recursos. Contudo, a *“eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo [...], que deve obter a maior realização prática possível”*<sup>3</sup>. Assim, para além do Direito, é possível encontrar na Economia conceitos mais adequados de eficiência, a saber: o critério de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks. O primeiro *estipula que uma determinada medida é eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de ninguém*” (PORTO, 2019, p. 31). Já o último, *“partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugere que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas”* (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 76).

Numa perspectiva de livre mercado e de competição, a eficiência seria um instrumento alocativo capaz de gerar resultados socialmente desejáveis. Contudo, a realidade de mercado ideal não se sustenta, havendo a necessidade de criação de mecanismos para a correção de falhas inerentes ao mesmo, de modo que se torna prudente implementar regras de regulação à atividade econômica. Exemplo disso seria a imposição de padrões de qualidade, de níveis adequados de informação, de condições de entrada e

---

<sup>3</sup> [...] das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos. [...] O dilema deve, ao nosso ver, ser resolvido não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob esse prisma que as regras legais devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado se, ex vi do princípio da eficiência, (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico. (ARAGÃO, 2004, p. 1-3)

saída do mercado e até mesmo de uma limitação de preços<sup>4</sup>. Nesse ponto, quando há o comprometimento da eficiência entre agentes econômicos, caberia ao Estado, subsidiariamente<sup>5</sup> e proporcionalmente<sup>6</sup>, adequar tais processos.

Diante disso, a regulação ambiental deve estar atenta, especialmente, para a remediação de externalidades negativas e a proposição de medidas compensatórias adequadas e proporcionais em relação às mesmas.

Nesse contexto, há necessidade também de se relevar questões socioambientais, na forma de audiências públicas, sem permitir, contudo, que elas se tornem vetores para exigências de demandas políticas ao capital privado, que em nada se relacionam ao empreendimento envolvido no licenciamento ambiental, de modo que impliquem em significativos custos para unidades produtivas. Além disso, a exigência de audiências públicas em quantidades tanto quanto suficientes, sem fundamento técnico e/ou científico adequado, para a resolução de uma determinada controvérsia ambiental implica em custos não razoáveis, uma vez que geram morosidade para a concessão das licenças ambientais e, por isso, dificultam a implementação do empreendimento em processo de licenciamento.

Assim, na seção I tentaremos mostrar que o contexto regulatório ambiental envolve não apenas os riscos, as incertezas e os danos ambientais, mas também a conciliação entre inovação, livre iniciativa e fatores políticos, a exemplo da captura regulatória. Em seguida, na seção II, abordaremos como o licenciamento ambiental não pode ser considerado um fim em si mesmo, em razão do conteúdo jurídico e econômico da polícia administrativa em matéria ambiental que será detalhado. A atuação regulatória precisa ser sensível aos impactos socioambientais que um

---

<sup>4</sup> “Em regra, é possível afirmar que a proteção da livre iniciativa e a promoção da livre concorrência é a forma mais simples, menos custosa e mais eficiente de incentivo social à produção de bens ou prestação de serviços mais baratos e de melhor qualidade, máxime em ambientes nos quais não haja falhas de mercado com impacto significativo nos mecanismos de formação de preços”. (RAGGAZZO apud BINENBODJIM, 2016, p. 157)

<sup>5</sup> “O princípio da subsidiariedade seria aplicável somente aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e imperativa, inclusive com a centralização coacta de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade”. (MOREIRA NETO, 2006, p. 20)

<sup>6</sup> Conforme interpretação do princípio da proporcionalidade, a restrição à liberdade do mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos, de modo que haja adequação dos fins aos meios. Além disso, o Estado deve impor a medida menos restritiva a liberdade de mercado, relevando uma proporcionalidade em sentido estrito. Nesse âmbito, há a tendência de a administração optar por mecanismo consensuais, em detrimento do exercício do poder de império estatal. (ARAGÃO, 2013, p. 132-134)

empreendimento econômico pode ter para as populações locais e para o ecossistema da região, sendo a participação popular um instrumento essencial para destacar esses aspectos aos agentes reguladores, a fim de evitar a socialização dos riscos, sem qualquer contrapartida por parte do autor dessas externalidades negativas.

Com isto em mente, na seção III estudaremos o Projeto de Lei nº 654/15, que visa tratar de forma diferenciada os empreendimentos de infraestrutura que sejam estratégicos ou de interesse nacional, de modo a lhes conferir uma licença ambiental integrada, fora dos parâmetros postos pela Resolução 237 do CONAMA, a qual propõe um modelo trifásico para tanto. Finalmente, concluiremos reforçando que não é viável admitir que o crescimento econômico venha desacompanhado de uma análise do impacto social e ambiental deste crescimento, mas a recíproca também é verdadeira: a proteção dos direitos e das garantias fundamentais (interesses públicos) não pode aniquilar outros direitos e garantias igualmente fundamentais (interesses privados). Uma interferência estatal paternalista que, *in abstracto*, desconsidera os impactos *in concreto* desta intervenção apenas aumenta os custos de transação por falta de transparência ou excesso de burocracia, o que compromete a celeridade e desestimula, de modo predatório, a iniciativa privada.

## 2. Precaução, regulação e Administração Pública

A regulação é a manifestação de uma atividade complexa que conjuga tanto fatores de cunho econômico<sup>7</sup> como eficiência, economicidade, competitividade, inovação, novas tecnologias e concorrência quanto de cunho social como justiça e equidade (WINDHOLZ; HODGE, 2012, p. 54). Portanto, os impactos regulatórios à livre iniciativa merecem ser estudados à luz de uma intersecção entre Direito e Economia, uma vez que os atores econômicos internalizaram tais impacto na forma de custos quando no exercício de suas atividades econômicas. Logo, é impreterível a análise da adaptabilidade do conteúdo da regulação ao mercado<sup>8</sup>, por meio da

---

<sup>7</sup> “Regulação econômica como um conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado.” (PINHEIRO; SADDI, 2005 p. 258)

<sup>8</sup> A exemplo, deve-se ressaltar na seara petrolífera, as modificações na sistemática do contrato de partilha da produção, o fato de a Petrobrás poder optar em ser operadora única nos campos de petróleo e as

flexibilização de marcos regulatórios ou a desburocratização de regras setoriais, assim como a criação de incentivos à participação desses agentes no processo de tomada de decisão administrativa.

Num contexto de exploração de atividades econômicas e regulação ambiental, riscos, incertezas e danos ambientais são evidentes. Além disso, a demanda por inovação tecnológica e novos métodos de produção nesses processos reúne grande preocupação pública, pelo fato de, *a priori*, não se conseguir mensurar o impacto de sua implementação quanto à afetação do meio ambiente e de seus efeitos sanitários. Por isso, há imprescindibilidade de se falar em precaução.

Argumenta-se que, como equilíbrio entre desenvolvimento e regulação, há a necessidade de mensuração e remediação do impacto ambiental de atividades econômicas. Dessa forma, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA)<sup>9</sup> e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) são instrumentos capazes de avaliar a potencialidade poluidora de uma determinada atividade. Por esta razão há esforço sistemático da polícia administrativa preventiva em matéria ambiental, no sentido de impor condicionantes à emissão de licenças para empreendimentos potencialmente poluidores<sup>10</sup>.

O princípio da precaução<sup>11</sup> estaria centrado na equidade intergeracional, de modo que as ações presentes deveriam ser pautadas por um comportamento ético em relação às gerações futuras. Além disso, ele não estaria baseado num ambiente de riscos zero, mas teria o intuito de

---

reinvidicações no sentido de implementar a cessão de direitos da exploração em campos maduros de petróleo. (DINIZ; MARSHALL, 2019)

<sup>9</sup> O EIA seria instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) fundado no art. 225, parágrafo 1º, IV da Constituição Federal, seria fonte de informação essencialmente técnica, de modo a garantir a consecução plena ou total dos objetivos do PNMA, conforme fixado na lei nº 6.938/81. Seu caráter, contudo, seria tanto técnico, em função das disciplinas que devem ser utilizadas para a realização do mesmo, como jurídica - por conta do direcionamento normativo - e político pela participação popular que lhe é inerente. (ANTUNES, 2011, p. 342)

<sup>10</sup> A liberdade das pessoas inovarem tecnologicamente é altamente valorizada, até mesmo essencial para a humanidade. Isso implica numa série de responsabilidades para aqueles que consideram desenvolver, implementar e restringir novas tecnologias. Deve-se, portanto, dimensionar riscos e oportunidades utilizando um amplo e compreensivo, ainda que simples processo de decisão baseado na ciência em detrimento de reações emocionais, de modo a contabilizar os custos das restrições e perdas de oportunidades como efeitos diretos, favorecer medidas que são proporcionais a probabilidade e magnitude dos impactos que tenham maior recompensa em relação a seus custos e dar maior prioridade a liberdade das pessoas aprenderem, inovarem e avançarem. (RANDALL, 2011, p. 24)

<sup>11</sup> Conforme o princípio número 15 da Declaração do Rio 92, o princípio da precaução seria expresso: "De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houve ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental".

alcançar riscos ou danos menores ou mais aceitáveis, devendo ser pautado na teoria da decisão racional, com devido respaldo em fundamentos éticos (ANTUNES, 2011, p. 36). Assim, as probabilidades não devem ser negligenciadas, principalmente quando fatores emocionais para o acometimento dos piores cenários possíveis estejam em jogo<sup>12</sup>.

A proibição de atividades econômicas ou mesmo a imposição de obstáculos regulatórios desnecessários ou excessivos, que são custosos e desestimuladores, frente a incertezas científicas ou ambientais não é prudente, ainda que, de fato, relatórios técnicos científicos sejam imprescindíveis. Por vezes, estas dúvidas fundamentam, de forma não razoável, a exigência de audiências públicas em número tanto quanto suficiente para a solução da controvérsia ambiental, o que, por conseguinte, tende a fulminar os possíveis bônus que tais atividades poderiam gerar, visto que se gera um excesso de precaução pela execução de diversas audiências além daquelas julgadas necessárias pela administração e, por vezes, um desvio de finalidade do processo de licenciamento, este, passando a lidar com questões políticas e não técnicas, como será detalhada posteriormente.

O ponto ótimo da livre iniciativa é o crescimento econômico sustentável, isto é, *quando há razoabilidade para sua implementação* (SUNSTEIN, 2005, p. 120). É verdade que quando a regulação produz proteção insuficiente o meio ambiente se degrada, mas é também verdade que quando a regulação desconsidera o descomedimento de uma proteção excessiva<sup>13</sup>, o Estado renuncia aos bônus sociais da atividade econômica e

---

<sup>12</sup> Cass Sunstein expõe um caso sobre a proibição e substituição dos asbestos em escolas de Nova Iorque, esta, tendo sido solicitada por pais de alunos, uma vez que as crianças poderiam contrair câncer pelo contato com a substância. Contudo, o referido autor argumenta que o risco de contração da doença seria 1/3 menor em relação ao atingimento de uma pessoa por um raio. Mais tarde, diante de toda a necessidade de remoção das substâncias das escolas, o que implicaria no seu fechamento por semanas, ocasionou-se grande desconforto. Diante disso, evidenciaram-se os custos da remoção da substância e, assim, os que, outrora, argumentavam pela sua remoção, agora passaram a perceber os riscos como toleráveis, diante da sua probabilidade baixa probabilidade de acometimento e seu respectivo ônus de substituição (SUNSTEIN, 2005). Desse modo, deve-se relevar que, de fato, a probabilidade é tão remota a ponto não justificar uma preocupação real. No mesmo raciocínio, Paulo Bessa Antunes argumenta: “as balas perdidas seriam motivos suficientes para não sairmos de casa?”. (ANTUNES, 2011, p. 36).

<sup>13</sup> “A razoabilidade se perfaz a partir da concretização, a um só tempo, do princípio de vedação da proteção insuficiente - *Untermassverbote* - e do princípio de vedação de excesso - *Übermassverbote* -, os quais, a partir de uma ponderação consequencialista, nos parece que bem se amoldam ao que sugere a Análise Econômica do Direito”. (FRANCO, 2019 p. 87).

assume os ônus<sup>14</sup>. Assim, há sob a ótica econômica, um custo de oportunidade<sup>15</sup>. Nesse sentido, assevera Alan Randall:

Por mais que algumas inovações tenham causado sérios danos, outras aumentaram a longevidade e a qualidade de vida; logo implementar uma postura mais precaucionaria poderá trazer o risco de causar mais ônus que benefícios. Guldberg afirma que a precaução não seria uma opção segura, na medida em que a maioria das ações visando desenvolvimentos tecnológico e científico criam possibilidades de dano. Apesar de frequentemente minimizarem ou até mesmo erradicarem antigos riscos, eles expõem a sociedade a novos e frequentemente imprevisíveis. Logo, seria razoável que uma excessiva precaução para com hipotéticos riscos deve ser interpretada como prejudicial (RANDALL, 2011, p. 18).

Em um cenário de incertezas e riscos, o Estado-Regulador deve sopesar o equilíbrio entre a proteção e a regulação do incerto ou desconhecido, visando alcançar um limiar de segurança e evitando a quase proibição de atividades que, em razão dos custos envolvidos, se tornem desinteressantes para a iniciativa privada. Ainda que haja dificuldades na mensuração das consequências de certas atividades econômicas, o compartilhamento dos custos sociais destas atividades se dá ao lado da solidarizarão de seus benefícios. A implantação de medidas compensatórias por parte dos potenciais poluidores seria um meio termo ideal entre a regulação excessiva e o desenvolvimento econômico porque, como uma

---

<sup>14</sup> Em certos casos, a regulação elimina e/ou mitiga benefícios oportunos de um processo ou atividade e, assim, causa mortes passíveis de prevenção. A exemplo, considera-se a modificação genética de alimentos, apesar de diversas pessoas se oporem a implementação de tal técnica sob a justificativa de que poderia produzir uma série de consequências adversas para o meio ambiente e saúde humana, outras admitem que ela seria capaz de produzir comida mais barata e saudável. Ao mesmo tempo, a regulação, por vezes, viola o princípio da precaução pelo fato de gerar riscos substitutos, na forma de danos que se materializam ou são aumentados por conta da mesma. A exemplo, releva-se o caso do banimento de certos inseticidas (DDT's), em geral banidos ou regulados em prol da redução de riscos a aves e seres humanos. Por sua vez, essa ação em países mais pobres parece eliminar o que aparenta ser a mais efetiva forma de combater a malária. (RANDALL, 2011, p. 20)

<sup>15</sup> "Custo de oportunidade de um item é aquilo de que você abre mão para obtê-lo. Ao tomarem qualquer decisão, como a de frequentar a faculdade, por exemplo, os tomadores de decisões precisam estar cientes dos custos de oportunidade que acompanham cada ação possível. Atletas universitários que podem ganhar milhões se abandonarem os estudos e se dedicarem ao esporte profissional estão bem cientes de que, para eles, o custo de oportunidade de cursar a faculdade é muito elevado. Não é de surpreender que muitas vezes concluem que o benefício de estudar não compensa o custo de fazê-lo". (MANKIWI, 2010, p. 9)

espécie de tributo pigouviano<sup>16</sup> (PIGOU, 1920), o Estado, através de sua polícia administrativa, exigiria uma indenização ou compensação com a finalidade de corrigir a falha de mercado da externalidade negativa que é gerada pelos que exercem atividades econômicas danosas ou potencialmente danosas ao meio ambiente. A função social (e econômica) de um tributo pigouviano é a de operar como uma contrapartida ao custo social de uma atividade econômica, o qual não é coberto pelo custo privado desta atividade, a fim de que, com o propósito de equilíbrio, a elevação dos custos de produção faça com que os *players* ajustem seus níveis de produção, o que pode contribuir para diminuir, no médio ou curto prazo, o impacto socioambiental de suas atividades. Para que o tributo pigouviano produza os resultados pretendidos, o valor dessa compensação deve ser igual ao custo social das externalidades negativas geradas.

Certamente o Estado não pode implementar projetos sem que haja avaliação de seus custos e riscos. Contudo, a melhor técnica regulatória sugerida conforme parâmetros científicos não é necessariamente a de melhor aplicabilidade em termos práticos, visto que fatores externos como custos excessivos, a possibilidade de não aceitação social dos valores envolvidos e a discricionariedade dos órgãos legitimados podem gerar óbices a seu regular desenvolvimento (BIM, 2014, p. 42). Anote-se que, no campo das incertezas científicas, a percepção do risco entre especialistas não raro difere da percepção da sociedade<sup>17</sup>. A heurística<sup>18</sup> conjugada com o princípio

---

<sup>16</sup> O preço da externalidade como critério econômico ótimo para o uso de recurso ocorreria quando os danos ambientais são internalizados no preço do recurso. Esse preço de externalidade é determinado e cobrado de cada usuário, desse modo, os níveis de uso individual e agregado do recurso variaram conforme o caso concreto. Esses níveis refletiriam uma otimização social deste uso porque os benefícios são contrabalançados por todos os custos associados a ele, de modo que cada usuário pagaria exatamente o dano gerado pelo seu uso. Tal preço de externalidade seria o imposto pigouviano e para sua determinação há necessidade de identificação dos custos externos negativos que, somados ao preço do mercado, representariam o preço social do recurso. (DA MOTTA, 2008, p. 79)

<sup>17</sup> Estabelecida a conexão entre riscos e sua respectiva probabilidade de acometimento, cabe indagar o porquê de alguns riscos serem mais relevados em detrimento de sua real probabilidade. Conforme Cass Sunstein, existiria uma conexão entre a negligência do risco e a aplicação de precaução para contê-lo, tal situação seria fundamentada por uma preocupação pública baseada na aversão daquele possível cenário futuro. Para tanto, ele exemplifica com base na maior disposição de americanos investirem no combate de ameaças terroristas em voos comerciais, do que em ameaças gerais, por vezes mais factíveis, em voos comerciais. Existiria, portanto, um fator comportamental que faria riscos – ainda que de baixa probabilidade – fossem alvo de relevante preocupação pública. (SUNSTEIN, 2005)

<sup>18</sup> Quando se adentra a teoria da economia comportamental, percebe-se que certas disposições regulatórias envolvem riscos e incertezas e, por isso, os agentes não se comportariam de forma racional, por conta de questões intuitivas e valorativas. As escolhas em heurística seriam essenciais para direcionar o comportamento dos indivíduos racionalmente e, assim, justificar certo padrão de regulação estatal. (BINENBOJM, 2016, p. 158)

da precaução consegue estimar o porquê de certos riscos (ainda que de baixa probabilidade) serem alvo de maiores clamores populares (SUNSTEIN, 2005, p. 36). O processo de administração dos riscos acaba compreendendo não apenas a análise dos fatores científicos, mas também se contaminando dos fatores políticos, sociais e econômicos, o que pode comprometer a prudência e o julgamento acerca da eficiência da regulação (RUCKELSHAUS *apud* REVESZ, 1996, p. 52). Desse modo, os riscos devem ser denotados como parte integrante do princípio da precaução, sob pena de que um paradoxo regulatório (SUNSTEIN, 1990) se instaure: se as probabilidades dos riscos forem negligenciadas ou ignoradas, especialmente quando o fator emocional estiver presente, a precaução irá operar com excessiva relevância pública em relação a perigos de baixas probabilidades (SUNSTEIN, 2005, p. 39).

Qual deve ser a direção da regulação? O caminho do viés da opinião pública, expresso mediante procedimentos participativos e de campanhas de esclarecimento sobre políticas regulatórias, ou um caminho técnico-científico de eficiência (REVESZ, 1996, p. 50-62)? Sunstein afirma a importância dos especialistas no processo regulatório, na medida em que as demandas públicas estariam influenciadas por cenários de baixa probabilidade, na medida em que estariam embasados em opiniões e não em uma cognição técnico científica capaz de fundamentar a necessidade de investimentos em precaução. Por isso, atores institucionais, a priori, estariam em uma melhor posição para julgar a extensão dos riscos, ainda que, de fato, estejam suscetíveis ao erro<sup>19</sup>. Diante disso, a criação de instituições com certo distanciamento popular se faz necessária, tendo em vista que governos democráticos deveriam responder aos valores dos cidadãos<sup>20</sup>, mas não às suas opiniões (SUNSTEIN, 2005, p. 126). Ulrich Beck, paralelamente, pondera que a questão nodal da discussão é determinar em que medida a ciência pode contribuir para o autocontrole de riscos, não só

---

<sup>19</sup> Contudo, por mais que o papel de especialistas técnica seja extremamente relevante para o processo regulatório, inoxidável é a contribuição da pesquisa científica de universidade e instituições de pesquisa da sociedade civil, a exemplo o presente trabalho traz contribuições sobre o Instituto Acende e do Banco Mundial, demonstrando a interseção entre sociedade civil, regulação e discricionariedade técnica. O que se pretende evitar é a justificação padrões regulatórios, sob fundamento de excessiva precaução estritamente ligada a convicções políticas sem qualquer razoabilidade técnico-científica.

<sup>20</sup> Longe de haver um afastamento do princípio democrático, sob o fundamento de um afastamento das forças políticas majoritárias, há a afirmação do pluralismo, sem que seja retirado do Estado o poder de controle do Chefe do Poder executivo ou do Poder Legislativo. A legitimidade do Estado passar a fundar-se na realização de finalidades coletivas, em detrimento da expressão legislativa da soberania popular, de modo a alcançar o conteúdo programático da Constituição. (ARAGÃO, 2013, p. 90-92)

no âmbito de sua esfera de influência, como também no de suas consequências, no que concerne à previsibilidade dos efeitos colaterais supostamente imprevisíveis. É preciso eliminar as causas dos problemas regulatórios e não simplesmente tratar dos sintomas<sup>21</sup>.

A estrutura institucional da Administração Pública<sup>22</sup>, mesmo em um Estado Democrático de Direito, autoriza que tenhamos uma órbita de tecnicidade aplicável às escolhas públicas. Impõe-se, no entanto, que se contenham os excessos, principalmente os que possam comprometer direitos fundamentais: precisamos de metodologias que, mais do que públicas e acessíveis, sejam claras e compreensíveis, por uma questão de transparência, de modo a evitar o estabelecimento de uma tecnocracia (GUERRA, 2005, p. 105). A noção de legalidade deve ser redimensionada para a ideia de juridicidade, a partir da qual se propicia à Administração Pública o estabelecimento de uma normatividade responsiva, na medida em que a escolha regulatória descentralizada teria maiores condições de enfrentar a reflexividade social, vista a efemeridade e dinamicidade de suas próprias práticas (GUERRA, 2015, p. 109-110).

A atuação discricionária da Administração, fundada no mérito administrativo, isto é, nos parâmetros de conveniência<sup>23</sup> e de oportunidade<sup>24</sup>, reconhece a indispensabilidade de que determinados atos administrativos tenham menor grau de vinculação, a fim de que possam ser pensadas soluções eficientes para situações concretas não previstas pela legislação. Contudo, a discricionariedade destituída de técnica e de caráter científico e, por vezes, de motivação nos torna reféns dos riscos de um oportunismo conveniente e arbitrário (FRANCO, 2017).

O direito administrativo contemporâneo, fruto de suas inúmeras mutações e evoluções, impõe à discricionariedade respeitar padrões de objetividade, de imparcialidade e de controle (GUERRA, 2015, p. 153). A preocupação desse novo direito administrativo se desloca da aferição do ato

---

<sup>21</sup> “[...] a irresponsabilidade da ciência implica numa responsabilidade implícita das empresas e numa responsabilidade de mera legitimidade política. O progresso seria a transformação social institucionalizada na irresponsabilidade” (BECK, 2011, p. 238-239; 315).

<sup>22</sup> Denota-se que o Decreto Lei nº 200 de 1967 que dispôs sobre a reforma da Administração Pública Federal, alinhou 5 princípios fundamentais em seu art. 6º, quais sejam: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, todos com o intuito de alcançar maior eficiência na administração.

<sup>23</sup> Conveniência seria a possibilidade de se determinar o conteúdo de certo ato. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 175)

<sup>24</sup> Oportunidade seria a ponderação quanto ao momento em que determinada providência deverá ser adotada. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 175)

administrativo, como resultado do exercício de poder do Estado, para a análise do processo de tomada de decisão promovido pela Administração Pública. A juridicidade sugeriria, ao lado da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, um redimensionamento teleológico em direção a uma reflexiva por parte da Administração. A responsividade se traduziria em um dever de boa Administração (FRANCO, 2016), pelo qual um agente ou um administrador público poderiam ser responsabilizados pela postergação ou desvio da vontade popular, estando atrelados às consequências de suas decisões (MOREIRA NETO, 2006, p. 37).

### **3. Poder de polícia e o licenciamento ambiental: a questão socioambiental**

Poder de polícia da Administração Pública<sup>25</sup> seria a função ou atividade de impor (ou retirar) limitações ao exercício de direitos e liberdades individuais em benefício do interesse público<sup>26</sup>. Em um contexto de evolução técnico-científica e regulação, o poder de polícia se torna o principal vetor para a aplicação da prevenção ambiental.

Deve-se considerar a polícia administrativa<sup>27</sup> como um poder-dever disposto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, traduzindo-se na obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, tendo em vista a necessidade de adimplemento dos dispositivos legais, não se tratando de mera faculdade da Administração. Nesse sentido, é atribuição da Administração para condicionar e restringir o uso e gozo de bens e o exercício de atividades e direitos individuais, com o intuito de compatibilizá-

---

<sup>25</sup> Poder de polícia em matéria ambiental seria atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesses ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à conversação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividade econômicas ou outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou de licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza. (MACHADO, 2011, p. 350)

<sup>26</sup> O conceito legal de poder de polícia encontra-se positivado no art. 78 do Código Tributário Nacional, considerando-o como: “ a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

<sup>27</sup> Deve-se ressaltar que o ato ordenador constitutivo de conformações de liberdade e da propriedade não se confunde com o ato repressivo praticado pela Administração para o fim de corrigir ou eliminar a situação de irregularidade em que se encontra o particular. O primeiro constitui nova obrigação, com base em lei ou ato normativo administrativo, o segundo determina adequação do comportamento do particular à obrigação legal ou regulamentar preexistente que está sendo descumprida. (BINENBOJM, 2016, p. 91-92)

los com interesses públicos e sociais (DAWALIBI, 2011, p. 126). A Constituição Federal explicita o conteúdo jurídico da polícia administrativa ao dispor, no art. 24, incisos VI e VII, sobre a competência comum dos entes federativos para utilizar-se deste instrumento, cuja atuação se daria por meio de atos administrativos atrelados à observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa<sup>28</sup> e dos demais direitos e garantias processuais fundamentais.

A pauta que se coloca em voga para a polícia administrativa é a dos limites<sup>29</sup>, ou dos autolimites (ARAGÃO, 2009), do exercício desse poder-dever: a legalidade e a proporcionalidade são certamente imprescindíveis, de modo a efetivar o método necessário, adequado e razoável em relação ao caso concreto (JUSTEN FILHO, 2006, p. 571-572). Além destes, o princípio da juridicidade é capaz de impedir que a regulação ambiental tenha uma visão míope do problema regulatório, preterindo o desenvolvimento econômico em prol de uma posição preferencial ambiental em abstrato que nem sempre se justifica. A polícia administrativa não é, portanto, um fim em si mesma. É um instrumento para a garantia dos direitos fundamentais dos administrados (SCHIRATO, 2014, p. 37), devendo ser compatibilizada com a livre iniciativa e os demais princípios de interesses notadamente privados igualmente garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, a polícia administrativa coincide com a regulação ambiental em todas as suas variadas formas de manifestação, a saber: a ordem de polícia; o consentimento de polícia; a fiscalização de polícia e; a sanção de polícia. É a partir do consentimento de polícia que atividades econômicas potencialmente poluidoras são autorizadas ou desautorizadas, seja na forma

---

<sup>28</sup> A Administração estaria a impor limitações no sentido de condicionar com fundamento na supremacia geral e na lei, a liberdade a propriedade dos indivíduos, mediante ação fiscalizatória, ora preventiva, ora repressiva. (DE AZEVEDO, 2004, p. 284)

<sup>29</sup> "No exercício do poder de polícia, a Administração não pretende adquirir protagonismo, mas deixar funcionar o setor privado, limitando-se à tomada de medidas preventivas ou repressivas para resguardar a segurança e a ordem públicas, mediante o cerceamento da liberdade dos indivíduos. A polícia é, ao mesmo tempo, uma função institucional e uma função disciplinar da ordem liberal." (CAMILO JUNIOR, 2018, p. 75)

de licença<sup>30</sup> ou autorização<sup>31</sup>. A forma de fiscalização de polícia<sup>32</sup> consiste na averiguação do cumprimento das exigências legais pelo administrado quando do uso de bens ou o exercício de atividades (DAWALIBI, 2011, p. 130-132). Por fim, a sanção de polícia opera através da aplicação de multa ou demais punições àqueles que descumprem condicionantes ou imposições administrativas.

Destaca-se, nesse cenário, o licenciamento ambiental<sup>33</sup> como polícia administrativa de estrutura trifásica<sup>34</sup>, normalmente implementada por meio da expedição de três licenças: a prévia<sup>35</sup>, de instalação<sup>36</sup> e de operação<sup>37</sup> conforme Art. 8º da Resolução 237/97. Contudo, estão presentes problemas estatais nesse processo, em especial relacionais ao adimplemento de parâmetros como celeridade, transparência e prestação de contas em um contexto de escassez de recursos humanos e financeiros nos órgãos institucionais. Além disso, pressões políticas sociais e econômicas, intervenções do Ministério Público e da perda da

---

<sup>30</sup> Faculdade atribuída ao administrado para a prática de uma atividade, após ter demonstrado requisitos legais para tanto, sendo ainda ato vinculado, na medida em que a lei não confere liberdade ao administrador, assim, os critérios são previstos legalmente e de forma anterior.

<sup>31</sup> Ato discricionário, pelo qual a administração faculta a alguém exercício de uma atividade, tendo o administrador conveniência e oportunidade para tanto, sendo o limite a garantia do interesse social.

<sup>32</sup> Fiscalizar é verificar, por qualquer meio ou processo, a juridicidade do exercício de atividades privadas sujeitas ao poder de polícia, deve ser baseada em expressa previsão legal e sujeitar-se a proporcionalidade. (BINENBOJM, 2016, p. 92)

<sup>33</sup> Na interpretação da resolução 237/97 do CONAMA, a atuação do órgão ambiental estaria atrelada ao critério de predominância de interesse, ao passo que aquele referente ao nacional seria incumbência da União, regional do Estado e local do Município, todavia a generalidade desses conceitos foi alvo de muitas críticas. Mais tarde, com a da edição da lei complementar 140/11, houve mudanças nas regras do licenciamento ambiental, na prática, o IBAMA deixou de ser competente para fiscalizar empreendimentos licenciados pelos órgãos estaduais e municipais, em suma a diretriz passa a ser a de que o órgão que licencia será competente para fiscalizar na forma do art. 13 do referido diploma legal, independentemente de sua capacidade institucional e material para tanto (SOUZA E ZUBEN apud SALLINAS; MEDEIROS, 2016, P. 56).

<sup>34</sup> É importante frisar que não existe um sistema nacional de licenciamento ambiental, haja vista que as normas aplicáveis podem variar em conformidade com o diferentes estados e municípios que, no caso concreto, estejam outorgando determinada licença ambiental. (ANTUNES, 2011, p. 176)

<sup>35</sup> Obtida na fase preliminar do planejamento da atividade, contendo requisitos básico a serem atendidos nas fases de localização instalação e operação. Há, por fim, uma autorização emitida pelo poder público para que haja prosseguimento dos estudos, ainda não haja autorização para o início das obras ou atividades poluidoras.

<sup>36</sup> Autoriza a instalação do empreendimento de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes.

<sup>37</sup> Autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação.

discricionariedade da Administração pela revisão de seus atos pelo Judiciário contribuem para o cenário<sup>38</sup>.

A aferição da legalidade (juridicidade) das licenças deve ser vista como um processo, isto é, um conjunto de atos encadeados que visam diagnosticar os impactos socioambientais de uma determinada atividade<sup>39</sup>, com o intuito de identificar medidas de compensação ou alternativas de mitigação dos efeitos negativos e prever possíveis riscos de forma a atenuá-los ou evitá-los. Outro aspecto importante é o da velocidade (ou a falta de velocidade) da expedição das licenças ambientais que, geralmente, não acompanha a capacidade institucional e econômica das atividades licenciadas, cada vez mais dinâmicas (SALLINAS; MEDEIROS, 2016, p. 65-69).

Tendo em vista a morosidade envolvida na expedição de licenças para empreendimentos, especialmente os de grande porte, temos como resultado a internalização de pressões políticas pelos órgãos ambientais. Desta forma, há brechas para a captura destes órgãos pelos interesses privados e a consequente socialização dos riscos socioambientais envolvidos, havendo uma probabilidade significativa de existirem falhas no desenho institucional dos mecanismos de licenciamento ambiental. Desse modo, persistiria a utilização de mecanismos não racionais como uma análise técnica rasa e célere para expedição de licenças ambientais, sem que se dimensionasse os reais impactos da atividade, uma vez que fatores políticos criariam incentivos para tanto (SALLINAS; MEDEIROS, 2016, p. 77).

Além disso, o art. 10 da lei 6938/81 estabelece que o EIA<sup>40</sup> e o correspondente RIMA devem ser realizados apenas em empreendimentos

---

<sup>38</sup> Apesar da edição da LC 140/2011, persistem dúvidas quanto as regras de definição de competência para o licenciamento ambiental, o que leva a sua maior judicialização. Termos como impacto regional e impacto locais não possuem uma definição legal explícita, o que pode levar a uma atuação arbitrária em vários órgãos ambientais, ademais, reitera-se a insuficiência da lista de atividades para determinar significativa impacto ambiental estabelecida pela resolução 1/86 do CONAMA. Além disso, as instituições ambientais municipais em geral não possuem capacitação para lidar com essa atribuição fiscalizatória. (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 8)

<sup>39</sup> "Conforme o caso *Harly v. Mitchell* 460 Fed 640(2d circ. 1972), o tribunal norte americano entendeu que o significativo impacto ambiental compreende tanto o meio ambiente urbano como a qualidade de vida da população que nele reside. [...]. Já no caso *Edicon CO v. People against nuclear energy*, 460 US 766 (1983) entendeu-se que a saúde humana deve ser levada em consideração quando da mensuração do impacto ambiental, logo o impacto social não poderia ser olvidado." (ANTUNES, 2011, p. 323)

<sup>40</sup> O Estudo de impacto ambiental envolve uma série de custos tanto de implantação como de implementação do projeto, além de sua análise social em relação as externalidades que é capaz de produzir em relação ao meio ambiente. Nesse sentido, torna-se prudente uma análise de custos e benefícios, no qual o parâmetro seria a repercussão sobre o meio ambiente. Por impacto ambiental, deve-se entendê-lo como resultado da intervenção humana sobre o meio ambiente, no qual a contribuição não só da ciência e tecnologia como também da economia seriam imprescindíveis para que

que causem efetivo dano ambiental ou que sejam potencialmente danosos para o meio ambiente. Contudo, há brechas legais no sentido de tornar esses instrumentos facultativos, a exemplo do que ocorre no caso de hidrelétricas de baixa capacidade, como a de Jatapu, em Roraima. A Companhia Ambiental do Estado de São Paulo vem adotando procedimento mais simplificado - Relatório Ambiental Preliminar – com o intuito de substituir o EIA/RIMA nos casos em que estes não são obrigatórios. Persistem, de todo modo, críticas quanto à legitimidade dos processos dessas avaliações, na medida em que a participação popular pode ficar mitigada, tendo em vista a ausência de mecanismos responsivos para garantir uma participação efetiva em algumas das possíveis modalidades de avaliação de impacto ambiental, principalmente, mecanismos que priorizem as comunidades e populações afetadas pelo empreendimento em questão (SALINAS; MEDEIROS, 2016, p. 57).

Além disso, fatores políticos podem dificultar o *enforcement* do licenciamento ambiental, na medida em que o EIA/RIMA poderia acabar sendo aprovado sem que todas as especificidades técnicas sejam atendidas por conta desta pressão externa (SALINAS; MEDEIROS, 2016, p. 58). As atividades de monitoramento e fiscalização das condicionantes atreladas ao processo de licenciamento ambiental são extremamente falhas na maioria dos órgãos ambientais, de modo que empreendedores se valem de documentos com descrições técnicas inverossímeis<sup>41</sup>.

Por outro lado, sob o prisma privado, o processo licenciamento ambiental se mostra, com certa frequência, como entrave à celeridade, à determinação dos custos e à segurança jurídica referente aos empreendimentos<sup>42</sup>. Por óbvio, quanto maiores as exigências de precaução,

---

sua atuação se dê de modo positivo; defende-se a correta aplicação do conhecimento científico por meio da racionalidade econômica. (ANTUNES, 2011, p. 308; 314)

<sup>41</sup> A disputa política que gravita em torno do licenciamento ambiental envolve, portanto, atores alinhados aos interesses desenvolvimentistas, bem como agentes comprometidos com as causas ambientais. Estando os primeiros com vantagem clara, na medida em que o licenciamento carece de mecanismos institucionais adequados que permitam que os órgãos licenciadores ajam em conformidade com as normas protetivas das questões ambientais. (SALINAS; MEDEIROS, 2016, p. 59).

<sup>42</sup> No caso do setor elétrica, a exemplo, deve-se denotar o impacto de demandas do órgão licenciador e do Ministério Público por meio de condicionantes de licença que, apesar de estarem circunscritas aos procedimentos de licenciamento ambiental, apresentam conteúdo que extrapolam os aspectos abrangidos por este processo. Estes dois fatores estão inter-relacionados (uma vez que o conteúdo excepcional de algumas condicionantes pode ser responsável por parte dos atrasos no licenciamento) e acarretam custos que, por serem incertos e de difícil antecipação, não estão previstos nas ferramentas de orçamentação/contabilização do setor. Os atrasos no licenciamento ambiental não apenas geram impactos sobre o empreendedor responsável pelo desenvolvimento de um projeto (que pode ter a expectativa de retorno do seu investimento frustrada), mas também afetam todo o setor elétrico de uma

maiores serão os custos dessas atividades econômicas, mas caberá à iniciativa privada verificar se, mesmo cientes desses custos, valerá ou não a pena a implementação dessas atividades econômicas. Teme-se, todavia, que, em razão dos altos os custos de precaução, os causadores de danos optem, com incentivos jurídicos, por causá-los sem contrapartida proporcional<sup>43</sup>. O crescimento econômico sustentável, para ser socialmente desejável, precisa ir ao encontro da compreensão de que a ocorrência de danos ambientais (nem sempre prováveis, mas geralmente de extensa magnitude) deve ser evitada ou minorada por meio de procedimentos capazes de dimensionar e conter os riscos e as incertezas envolvidas<sup>44</sup>, ainda que, de fato, o desenho institucional careça de infraestrutura para tanto.

O exercício da polícia administrativa sobre as atividades potencialmente poluidoras e o licenciamento ambiental seriam as principais ferramentas (mas não as únicas, como é o caso, por exemplo, da utilização da Responsabilidade Civil para essa finalidade (PORTO, 2012, p. 185) para alcançar tanto o atendimento dos interesses econômicos quanto a manutenção de equilíbrio ecossistêmico, na medida em que controla, fiscaliza e monitora tais atividades (SALINAS; MEDEIROS, 2016, p. 53-54).

### 3.1. Licenciamento, Custos Socioambientais e Audiências Públicas: Uma Visão De Mercado

É necessário evidenciar de antemão a *tendência política* do licenciamento ambiental, na medida em que é imposto aos agentes

---

forma mais ampla, incluindo os consumidores de eletricidade. Esta parcela setorial do custo foi identificada em uma proposta de classificação de custos socioambientais como custos indiretos no relatório sobre Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil expedido pelo Banco Mundial em 2008. (INSTITUTO ACENDE, 2017, p. 17)

<sup>43</sup> “As atividades sociais e econômicas dizem respeito ao emprego, ao modo de produção de riqueza e dos bens, guardando-se como referencial as populações que vivem em determinada região. Os projetos de intervenção no meio ambiente serão socialmente nocivos se, em sua execução, implantação e funcionamento, implicarem degradação social.” (ANTUNES, 2011, p. 316)

<sup>44</sup> A avaliação de impacto ambiental foi prevista como um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA (art. 9º, III) e no art. 17 de seu decreto regulamentador (Decreto nº 99.274/1990) prevê-se a exigência de estudos de impacto ambiental para o licenciamento. Embora o mencionado art. 17 trate em seu parágrafo primeiro do conteúdo que deve constar desses estudos, as especificidades a respeito do que consistiam esses estudos veio apenas com a Resolução nº 1/1986 do CONAMA. Os artigos 5º e 6º estabelecem, basicamente, que os estudos de impacto ambiental deverão considerar: área de influência do projeto; alternativas tecnológicas e locacionais inclusive com a hipótese de não execução do projeto; planos e programas governamentais; impactos ambientais, mas também socioeconômicos; medidas mitigadoras; e, acompanhamento e monitoramento dos impactos previstos. (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 19)

econômicos o adimplemento de demandas que não se relacionam com a proteção do meio ambiente, de modo que poderia se argumentar um desvio de poder ou finalidade<sup>45</sup>. Por exemplo, audiências públicas são por vezes utilizadas para reivindicar necessidades básicas<sup>46</sup> como transporte público, luz, água ao invés de discutir o projeto em análise<sup>47</sup>, sendo que, de fato, os órgãos licenciadores tendem a repassar tal encargo aos empreendedores (BIM, 2014, p. 43).<sup>48</sup>

Falta de articulação com instrumentos de planejamento: o principal problema político e estratégico relacionado ao licenciamento ambiental é a falta de avaliação ambiental estratégica, que acaba transferindo todo o planejamento ambiental para a etapa do licenciamento. Não há uma discussão sistêmica ou estratégica sobre a conciliação entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, e este debate acaba ocorrendo no licenciamento ambiental de empreendimentos específicos; e, ainda, de forma individualizada e imediatista, e não em conformidade com planos territoriais e/ou setoriais, desconsiderando-se também impactos cumulativos. A discussão ambiental só surge no âmbito do licenciamento, fazendo com que o órgão licenciador receba todas as expectativas da comunidade, sem condições de atuar como interlocutor e

---

<sup>45</sup> De modo geral, o conteúdo das condicionantes que extrapolam aos procedimentos de licenciamento ambiental diz respeito a ações que deveriam ser conduzidas pelo poder público. Neste sentido, elas representam um desvio de função do licenciamento ambiental que, nessas situações, passa a ser utilizado como um instrumento de transferência da responsabilidade pública para a iniciativa privada. (INSTITUTO ACENDE, 2017, p. 19).

<sup>46</sup> É importante reconhecer as limitações do licenciamento ambiental, que não pode ser considerado a panaceia para as diversificadas e profundas demandas sociais do país e tampouco concentrar todas as discussões sobre os aspectos socioambientais dos empreendimentos avaliados. Com base nessa postura mais realista: as ações exigidas dos empreendedores no âmbito do licenciamento ambiental devem ter foco nos impactos relacionados aos projetos por eles propostos. (INSTITUTO ACENDE, 2018, p. 32)

<sup>47</sup> A exemplo, na Licença de Operação (LO 1317/2015) para Usina Hidroelétrica de Belo Monte impôs-se como condicionantes: a realização das ligações domiciliares à rede de esgoto da área urbana de Altamira ; a disponibilização de serviços de limpa-fossa e coleta de esgotos em tempo seco para saneamento ambiental de Altamira, até a conclusão das ligações domiciliares ; disponibilização de suporte técnico e financeiro para a integral e adequada operação do Sistema de Esgotamento Sanitário de Altamira, até que a Prefeitura daquela municipalidade apresente condições para operá-lo de forma sustentável técnica e economicamente. (INSTITUTO ACENDE, 2017, p. 18-19).

<sup>48</sup> Com o intuito de evitar tais reivindicações desarrazoadas dentro do processo de licenciamento ambiental, a Portaria Interministerial 419/2011 em seu artigo 6º, parágrafo 8º determina que as condicionantes ou medidas requeridas por órgãos e entidade envolvidas deverão ter relação direta com os impactos identificados nos estudos apresentados pelo empreendedor, requerendo-se, ainda, justificativa técnica. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/licenciamento/portaria-interministerial-no-419-de-26-de-outubro-de-2011/view>. Acesso em 23 de mai. 2019.

assim reunir um olhar para além do empreendimento e seus impactos no território (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 8).

Uma possível indagação, contudo, é acerca do limite que o ator econômico é capaz de internalizar, além dessas demandas, custos socioambientais<sup>49</sup> sem que haja uma oneração excessiva<sup>50</sup> na atividade produtiva, que, por sua vez, é capaz de se reverter em repasse excessivos para os consumidores finais do produto da exploração da área licenciada ou até mesmo de inviabilizar a execução da atividade<sup>51</sup>. De fato, persistem imprevisibilidades no processo de licenciamento ambiental quanto à mensuração dos custos socioambientais, daí a necessidade de audiências públicas, de modo a esclarecê-los. Contudo, não se pode defender que investimentos de cunho político sejam explicitados como anseios da sociedade nesse contexto e, além disso, passíveis de serem exigidos à iniciativa privada, visto que, muitas vezes, não possuem qualquer relação com o empreendimento a ser licenciado, trazendo mais imprevisibilidade para um ambiente de riscos e potenciais externalidade negativas. Nesse sentido, a adoção de medidas, no sentido de fortalecer a previsibilidade, a transparência e a efetividade no procedimento de licenciamento ambiental são impreteríveis, de modo a evitar lesão à livre iniciativa e dano aos consumidores (SALES; UHLIG, 2018).

Além disso, não se deve defender a utilização de audiências públicas, com o intuito de garantir excessiva precaução em prol da defesa do meio ambiente. A participação popular é, de fato, indispensável. Entretanto, não

---

<sup>49</sup> Haveria cinco categorias de custos socioambientais: • Custos de controle: custos para prevenir impactos; • Custos de mitigação: custos para reduzir as consequências dos impactos; • Custos de compensação: custos para compensar impactos; • Custos de monitoramento: custos para avaliar e acompanhar os impactos; • Custos institucionais: custos burocráticos. (INSTITUTO ACENDE, 2017, p. 4)

<sup>50</sup> A exemplo, os custos socioambientais de empreendimentos do setor elétrico têm apresentado significativo aumento nas últimas décadas. As ações de prevenção, mitigação e compensação de impactos já correspondem, no caso de usinas hidrelétricas, em média, a 20% do valor total do investimento para construir o empreendimento, um salto significativo em relação aos 6% observados na década de 1990. Paradoxalmente, os crescentes investimentos socioambientais não têm se revertido em maior previsibilidade no processo de avaliação da viabilidade ambiental de empreendimentos de geração e linhas de transmissão de eletricidade. Maiores investimentos socioambientais não têm promovido sequer a diminuição de “demandas” que extrapolam as medidas de prevenção, mitigação e compensação de impactos previstas nos estudos de impacto ambiental. (SALES; UHLIG, 2018).

<sup>51</sup> Reiteradamente, vê-se lesão à livre iniciativa nas atividades privadas regulamentadas, interpretando-as como se serviços públicos fossem, de modo a exigir quantitativa e qualitativamente excessivas obrigações de fazer à empresa privada. As entidades empresariais e o Governo têm funções e finalidades diferentes, de modo que não seria papel das primeiras executar programas econômicos dos últimos. (ARAGÃO, 2007, p. 208)

deve se reverter instrumento político para garantir a execução de demandas sociais pela iniciativa privada. Por exemplo, no caso do Porto Sul/BA<sup>52</sup>, exigiu-se a realização de tantas audiências quanto fossem necessárias para pacificar as controvérsias sobre a preservação do meio ambiente na região, conforme decisão do TRF da 1ª Região<sup>53</sup>. Levou-se, então, a questão para o STJ, onde se manteve a decisão anterior, uma vez que, sob o prisma do princípio da precaução, o interesse público estaria mais protegido. Nesta ocasião, entendeu-se que não haveria grave lesão à economia pública, uma vez que a audiência seria realizada com a participação da população local envolvida, quem sofreria os efeitos daquele empreendimento (BIM, 2014, p. 303-304).

De fato, a decisão em comento mostra certa falta de razoabilidade, na medida em que, por mais que o órgão ambiental tenha deliberado pela realização da audiência pública na forma do art. 11, parágrafo 2º da resolução 1/86 do CONAMA, a não execução das demais audiências pelo órgão ambiental, nos termos do Art. 2º da Resolução 9/87 do CONAMA<sup>54</sup>, implicaria na invalidade da licença. Na prática, ocorre o risco do uso indevido de audiências públicas, com a finalidade de obstar ou prolongar o processo do licenciamento ambiental no sentido de provocar mais deliberações populares, além daquelas sugeridas pela Administração Pública, tendo por certa sua discricionariedade para avaliar o melhor critério participativo para o caso concreto (BIM, 2014, p. 305).

No referido caso do Porto Sul, a requisição das audiências solicitadas judicialmente não se relacionava com incertezas científicas, o que se demonstrava pela não convocação de especialistas às deliberações. Por conta disso, argumenta-se que uma excessiva implementação do princípio da precaução poderá gerar um mau funcionamento das funções do Estado<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> O pedido liminar na ACP 0005023-64.2011.4.01.3301 (Vara Federal Única de Ilhéus/ BA) foi negado pelo magistrado de primeiro grau, contudo em agravo de instrumento 0009759-03.2012.4.01.0000, ele foi monocraticamente conferido pelo TRF da 1ª Região, no sentido de se promoverem quantas audiências públicas forem necessárias para promover a pacificação da controvérsia ambiental. (BIM, 2014, p. 303)

<sup>53</sup> Deve-se ponderar que, nesse contexto, haveria uma mitigação da discricionariedade do órgão ambiental quanto ao número de audiências a serem realizadas, de modo que seria obrigado a realizar tantas audiências quanto necessárias, desde que requeridas pelos legitimados do Art. 2º da Resolução Conama 09/87.

<sup>54</sup> Resolução 9/87 CONAMA, *in verbis*: Art. 2º. Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado pôr entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão do Meio Ambiente promoverá a realização de Audiência Pública. § 2º. No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença não terá validade.

<sup>55</sup> Não se pode opor indiscriminadamente princípios de direito ambiental pelos de direito administrativo, antes, é necessário estabelecer um regime que os harmonize e os tornem compatíveis. Princípios como a presunção de legalidade do ato administrativo não são contraditórios ao princípio da precaução por exemplo. Ao contrário, a precaução é adotada segundo regras jurídicas. A mera invocação da cautela ou

Impõe-se, dessa forma, a argumentação de Cass Sunstein, no sentido de delegar a tomada de decisão para instituições técnicas, com o intuito de evitar um excesso de precaução e impor ônus desarrazoados à livre iniciativa (SUNSTEIN, 2005).

Por isso, a atuação do judiciário, ao criar novas audiências em detrimento da discricionariedade do órgão ambiental abre precedente duvidoso sobre segurança jurídica e oportunismo processual administrativo. Nesse sentido, a Suprema Corte Estadunidense ao julgar o caso *Vermont Yankee* determinou a necessidade de estabelecimento de parâmetros seguros e precisos para controlar os procedimentos dos órgãos públicos, de modo a evitar uma imprevisibilidade judicial sobre a legalidade dos procedimentos utilizados pelas entidades reguladoras, o que acabaria por onerar atores privados (BIM, 2014, p. 308-309).

Por outro lado, pode ser argumentado que, por mais que o poder regulamentar possua aspectos discricionários, com múltiplas possibilidades igualmente justas para determinada situação, a participação popular é essencial na construção dessa discricionariedade, de modo que sua ausência deve ser interpretada como causa anulatória do ato normativo (ARAGÃO, 2013, p. 106-107). Até porque, os estudos ambientais apresentam particular dificuldade em estabelecer os reais impactos econômicos, sociais e culturais e, por isso, há a necessidade de se conhecer as práticas e a visão de mundo das comunidades afetadas, tendo em vista que, diante de grandes obras, elas podem ser alvo de mudanças substanciais nos seus modos de vida (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 20).

Importa, portanto, uma análise pragmática dos custos e benefícios envolvidos na revisão da discricionariedade administrativa pelo Judiciário, no sentido de estabelecer limites para a implementação da participação popular e não uma atuação irrestrita com base em reivindicações de grupos políticos sem qualquer razoabilidade técnica e científica, sob pena de comprometer a atuação da livre iniciativa. Ainda assim, deve-se ponderar a necessidade de mensurar a afetação do empreendimento em relação à população local, visto os impactos que isso pode acarretar na estrutura social.

---

da precaução não é motivo jurídico relevante para que se desconsiderem atos administrativos que, em princípio, foram praticados de acordos com a lei.” (ANTUNES, 2011, p. 177)

#### **4. Projeto de Lei n. 654/15 e a influência política no licenciamento ambiental: prudência da reserva da administração**

O projeto de lei nº 654/15 dispõe sobre uma nova categoria de licenciamento para empreendimentos de infraestrutura denominados como estratégicos e de interesse nacional, de modo a criar instrumento de licença ambiental integrado, no qual romper-se-ia com o licenciamento trifásico disposto pela resolução 237 do CONAMA. A definição do fator estratégico do empreendimento seria estabelecida por decreto posterior e o fundamento desse procedimento estaria nos princípios de celeridade, cooperação, economicidade e eficiência, com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Para justificar a morosidade da expedição de licenças ambientais, o projeto denota a sobreposição de atuações de órgãos com competências concorrentes e imbricadas, a paralisação do licenciamento em decorrência de decisões judiciais, a escassez de técnicos para realizar a análise dos estudos de impacto ambiental dos empreendimentos licenciados e a complexidade inerente ao processo de licenciamento ambiental brasileiro, que, via de regra, exige a emissão de três licenças distintas. Diante disso, o PL denota que o licenciamento ambiental é um atraso aos investimentos que tanto necessita o país. Todavia, resta evidente um impasse entre riscos, precaução e crescimento sustentável. Notadamente, a ocorrência de desastres ambientais não pode se manifestar recorrentemente frente a uma suposta incapacidade do Estado em exercer seu poder de polícia tanto repressivo como preventivo, de modo a evitar danos sistêmicos. Assim, há falta de razoabilidade quanto ao projeto de lei, principalmente ao determinar que os empreendimentos suscetíveis a tais regras seriam postos por decreto, evidenciando uma possível sobreposição política ao caráter técnico, nesse sentido, a análise técnica do projeto poderia ser mais rasa, visto a necessidade de celeridade pela integração do procedimento.

Ademais, a ausência de atuação do Estado não pode importar numa anuência tácita aos parâmetros de empreendimentos privados, sem que haja uma cognição prudente sobre os seus reais impactos; a ausência da devida fiscalização não pode traduzir na aprovação de projetos privados de modo célere e sem critérios, sob a justificativa de se garantir o crescimento

econômico<sup>56</sup> sem que a sustentabilidade seja, de fato, avaliada. Por mais que a livre iniciativa seja a regra do ordenamento, os impactos provenientes da exploração de recursos naturais impõem a necessidade de uma avaliação razoável dos riscos e de um dimensionamento das incertezas envolvidas, principalmente por conta da possível afetação das gerações futuras.

Entretanto, na prática, tal atividade traz consigo dificuldade para implementação, seja por conta de exigências regulamentares e legais complexas, seja pela ausência de recursos humanos e materiais dos órgãos ambientais<sup>57</sup> necessários para adimplir tais diretivas normativas<sup>58</sup>. Ademais, a sobreposição da atuação de órgãos ambientais<sup>59</sup>, além do impacto de

---

<sup>56</sup> O crescimento econômico sustentado e inclusivo significa ser capaz de suprir as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade de atendimento às necessidades das futuras gerações, o que está estritamente relacionado com o equilíbrio macroeconômico, a redução das desigualdades sociais e regionais e a sustentabilidade ambiental. O crescimento da economia e o desenvolvimento nacional devem visar o uso sustentável dos recursos naturais, ou seja, o desenvolvimento deve ser ambientalmente sustentável, sem dispensar a adequada avaliação dos custos econômicos e dos benefícios ambientais. Ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão. Estratégia Nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/desenvolvimento-socioeconomico-estrategia-nacional/estrategia-nacional-e-sumario-executivo/estrategia-nacional>. p. 22.

<sup>57</sup> "Avaliando-se a questão a partir de outra perspectiva, Hochstetler (2011) chama a atenção para a alta rotatividade dos funcionários do Ibama: dos 90 analistas de licenciamento ingressantes na carreira em 2003, apenas 15 permaneciam no órgão 6 anos depois. O baixo tempo médio de permanência de funcionários do Ibama em seus cargos também é observado nas suas esferas gerenciais mais elevadas. Por exemplo, Faria (2011) indica que, durante os primeiros 21 anos de existência da autarquia, apenas um presidente permaneceu em seu cargo durante todo o período previsto para a sua gestão (de quatro anos, tipicamente, período equivalente ao mandato do Presidente da República, responsável pela indicação do profissional que ocupa este cargo)." (INSTITUTO ACENDE, 2018, p. 10)

<sup>58</sup> "O crescente grau de exigência das agências de proteção ambiental e da legislação também tem demandado das consultorias ambientais estudos com escopos ampliados, e, dos empreendedores, a adoção de medidas de prevenção, mitigação e compensação de impactos mais diversificadas e complexas. No entanto, o processo de amadurecimento pelo qual o Licenciamento Ambiental vem passando não foi acompanhado pelo desenvolvimento da capacidade de processamento, por parte das instituições a ele relacionadas, das demandas e informações geradas ao longo do processo de avaliação dos aspectos socioeconômicos e ambientais dos projetos licenciados. Em outras palavras, tanto o Ibama – responsável pela condução do Licenciamento Ambiental no âmbito federal – quanto os agentes públicos intervenientes muitas vezes não possuem as condições necessárias para conduzir de forma adequada a avaliação dos cada vez mais complexos e volumosos estudos ambientais que passaram a ser produzidos. Dentre estas condições de trabalho, destacam-se aquelas relacionadas a infraestrutura (desde a disponibilidade de computadores até automóveis para a realização de vistorias, por exemplo) e a recursos humanos (técnicos em maior quantidade, mais treinados e com remuneração mais compatível com suas responsabilidades). Como resultado, o Licenciamento Ambiental se caracteriza, hoje, como um processo estruturalmente robusto, mas operacionalmente deficiente e imprevisível quanto aos prazos para a manifestação do órgão licenciador sobre a viabilidade do empreendimento em análise." (INSTITUTO ACENDE, 2018, p. 9).

<sup>59</sup> O ato administrativo autorizativo possui presunção de legitimidade e definitividade quando expedido pelo órgão ou instituições competentes. Desse modo, os órgãos ambientais não poderiam arbitrariamente desconsiderar os atos administrativos dos demais, nesse contexto, constatada alguma ilegalidade, deve haver a proposição de ação judicial, não sendo admitida autoexecutoriedade de ato administrativo do órgão ambiental contrário ao licenciador. Conforme o julgado STA 286/BA do STF,

decisões judiciais na livre iniciativa mostra que tanto o Judiciário quanto a Administração Pública não exercitam de forma satisfatória a governança esperada<sup>60</sup>. Por sua vez, o Judiciário não se mostra capaz de revisar de maneira eficiente<sup>61</sup> os parâmetros que deveriam ter sido postos pela Administração, vista a especificidade e tecnicidade do assunto que lhe é imposto.

As decisões estatais que abordam questões nas quais as ciências estejam envolvidas não são apenas decisões técnicas, mas também administrativas, sendo por certo que os critérios administrativos não estão distantes dos políticos. Nesse ponto, argumenta-se sobre a prudência da doutrina preconizada no caso da suprema corte americana *Chevron v. NRDC*, ocasião na qual se entendeu que o Judiciário deveria respeitar, em regra, a interpretação do executivo, a menos que a lei seja explícita ou a interpretação posta sem fundamentos (BIM, 2014, p. 313).

A referida decisão judicial estadunidense vem no sentido de estabelecer que, na existência de ambiguidade legislativa, haveria uma presunção de discricionariedade para a administração pública decidir. Nesse sentido, ambiguidades e lacunas legislativas seriam interpretadas como uma postura deferente à administração (JORDÃO, 2016, p. 306-307).

Por outro lado, ao lidar com questões envolvendo sensibilidade jurídica, os tribunais tendem a examinar de maneira ilimitada a decisão adotada pela administração, visto a necessidade de proteção de

---

denota-se um dever comum de fiscalização entre os órgãos do SISNAMA quanto a infrações e crimes ambientais. Ainda assim, o poder de polícia ambiental não poderia propiciar a inoperância da preservação ambiental, na medida em que haveria divergência sobre as avaliações dos órgãos ambientais. Nesse contexto, o parâmetro mínimo estabelecido para a competência comum de fiscalização seria no sentido de vedar a fiscalização do licenciamento quanto ao mérito administrativo, por uma questão de invasão de competência. (CALUWAERTS, 2011 apud BIM, 2014, p. 49-51).

<sup>60</sup> Quando o empreendimento é comprovadamente de baixo impacto, há casos em que o órgão ambiental dispensa a exigência do Estudo de Impacto Ambiental. No entanto, frequentemente há manifestações contrárias do Ministério Público ou ainda liminares judiciais que anulam tal ato do Estado. Isto se deve a interpretações equivocadas quanto ao caráter da lista de atividades e empreendimentos sujeitos, a priori, à realização do referido estudo, podendo o órgão licenciador entender que não se trata de significativo impacto no meio ambiente. (Conselho Nacional da Indústria, 2013, p. 21).

<sup>61</sup> Muito é argumentado sobre a morosidade, incerteza jurídica e os custos financeiros no que concerne ações judiciais envolvendo a revisão de atos administrativos. Reiteradamente, as decisões são no sentido de manter as formulações das instâncias administrativas. Além disso, críticas são postas, na medida em que haveria uma falta de diretrizes para o estabelecimento de liminares, o sistema recursal permitiria a rediscussão de vários assuntos, haveria uma multiplicidade de ações discutindo a mesma matéria e persistiria disputas sobre o escopo da revisão, uma vez que, se indaga se tal ato deveria apenas endereçar atos formais ou, por outro lado, deveria incluir a revisão da matéria, ainda que ausente a especialidade necessária para tanto, visto que, muitas vezes, os assuntos discutidos escapam a cognição mais diligente do magistrado, tendo em vista o alto grau de tecnicidade exigido. (SOUZA, 2016).

direitos<sup>62</sup>. Assim, o controle seria exercido em função dos efeitos dele decorrentes e, havendo tais questões jurídicas, os tribunais seriam melhor habilitados para enfrentar tais questionamentos (JORDÃO, 2016, p. 308).

Além disso, o papel do Ministério Público e dos Tribunais de Contas para verificação da conformidade desses atos administrativos, na forma do Art. 5º da LC 75/93<sup>63</sup> e do art. 129 da Constituição Federal<sup>64</sup> estaria sendo averiguado conforme as determinações legais ou estariam os mesmos eivados de vícios políticos? De fato, vê-se que empreendimentos do setor elétrico são geralmente obstados pelo Ministério Público<sup>65</sup>. No caso de usina hidroelétricas, um dos motivos alegados é que a etapa de planejamento do projeto não seguiu o rito adequado, a exemplo da Usina Hidroelétrica de São Luiz do Tapajós. Neste caso, processo de licenciamento foi interrompido devido ao ajuizamento de Ação Civil Pública por parte do Ministério Público, sob o fundamento de que o inventário não contou com a Avaliação Ambiental Integrada (AAI) e, por conta disso, o licenciamento deveria ser suspenso até que tal relatório fosse disponibilizado. Na prática, o inventário que inclui São Luiz do Tapajós foi elaborado entre 2006 e 2008, o Estudo de Impacto Ambiental foi emitido em 2012 e o pedido liminar referente ao mesmo foi deferido em 2015, dez anos depois do início da elaboração do inventário, o que demonstra como as instituições podem trazer grande insegurança jurídica para a livre iniciativa e, por isso, deve haver

---

<sup>62</sup> O referido autor trabalha no sentido de que direitos que a sociedade valorizaria de tal forma que mereceriam proteção jurídica particular, consistindo em um núcleo duro jurídico, o qual deveria estar reservado quanto a ingerências ou turbulências momentâneas. Tal tarefa seria reservada aos tribunais, visto que seriam dotados de vitaliciedade e maior independência frente aos membros administrativos, assim não precisariam demonstrar fidelidade político partidária, não poderiam ser removidos arbitrariamente de seus cargos e por serem bem remunerados estariam mais independentes também em relação ao setor privado. Além de serem instituições contra majoritárias por excelência (JORDÃO, 2016, p. 59).

<sup>63</sup> Art. 5º, LC nº 75/93. São funções institucionais do Ministério Público da União: III - a defesa dos seguintes bens e interesses: d) o meio ambiente;

<sup>64</sup> Art. 129, CRFB. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

<sup>65</sup> Segundo o relatório Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil desenvolvido pelo Banco Mundial (2008), os custos decorrentes das incertezas resultantes do processo de licenciamento ambiental, na forma das condicionantes ambientais são chamados de custos de incerteza regulatória e definidos como o valor financeiro que o investidor precisa acrescentar à sua proposta, antecipando despesas incertas, tais como condicionalidades das licenças e eventuais demandas do MP. (INSTITUTO ACENDE, 2017, p. 18).

razoabilidade e transparência quando da sua atuação<sup>66</sup> (SALES; UHLIG, 2019).

## 5. Considerações finais

Ações regulatórias têm custos; as omissões regulatórias, também. O Direito não pode servir de entrave à Economia, especialmente quando os custos de transação são nulos ou baixos e as externalidades negativas decorrentes de atividades econômicas são passíveis de serem mitigadas por medidas compensatórias proporcionais e justas. Nesse contexto, a negociação privada deve prevalecer. Contudo, o oposto também é verdade: sendo altos os custos de transação, a interferência jurídica se faz necessária para lubrificar os acordos e propiciar uma alocação eficiente de recursos nas mãos de quem mais valoriza um determinado bem. Em um cenário de falhas de mercado, a regulação ambiental se lança para conter assimetrias de informação e externalidades negativas que possuem potencial de impactar no processo de tomada de decisão, tanto por parte dos regulados quanto dos reguladores.

A livre iniciativa é direito fundamental tanto quanto qualquer outro, não havendo razão para desprestigiar a repercussão econômica dos interesses privados em prol do reconhecimento de uma posição preferencial, em abstrato, de direitos coletivos em sentido amplo, como é o caso do direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado disposto no caput do art. 225 da Constituição Federal. A preponderância de um ou de outro direito fundamental deve se submeter ao teste de proporcionalidade que, com o olhar da Análise Econômica do Direito, tende a conduzir a regulação para uma tomada de decisão que comprima um desses direitos e expanda o outro em situações concretas, sem representar a aniquilação abstrata de quaisquer deles. O excesso de precaução motivado pela implementação de audiências públicas em número tanto quanto suficiente para a resolução da controvérsia ambiental, sem qualquer racionalidade técnico científica, não deve se manifestar como óbice à manifestação da livre iniciativa quando há razoabilidade do

---

<sup>66</sup> “É importante que o processo de licenciamento seja capaz de incorporar as diferentes tensões envolvidas no caso concreto, evitando que liminares e outras medidas judiciais tomadas com base em processos administrativos malconduzidos sejam capazes de paralisar empreendimentos necessários, que muitas vezes são prejudicados em função de licenciamentos ambientais conduzidos de forma equivocada” (ANTUNES, 2011, p. 176).

empreendimento econômico. A questão socioambiental do licenciamento deve ser relevada, mas não utilizada como pretexto para fundamentar a criação de novos custos que vão além do objeto desse procedimento técnico, representativos de um desvio de finalidade.

É preciso, portanto, ponderar, no caso concreto, acerca dos custos e benefícios da regulação e do exercício da polícia administrativa em matéria ambiental, tendo em vista que os ideais de justiça, de equidade e de eficiência não podem ser atingidos por meio da mera defesa de valores abstratos e em abstrato, há necessidade de proporcionalidade e razoabilidade quanto da implementação e defesa dos mesmos.

A promoção da participação popular no processo de licenciamento ambiental, com os requintes de uma democracia participativa, legitima a atuação da Administração que, à luz do direito fundamental à boa Administração Pública, precisa ser responsiva aos anseios dos cidadãos. Todavia, a participação popular não pode contaminar o processo de tomada de decisão que deve, preferencialmente, ser técnico. A participação popular não pode se manifestar de modo a impedir a atuação da livre iniciativa, sem qualquer razoabilidade ou justificativa, pelo que não é dado ao Poder Público e à polícia administrativa decidir com base em clamores sociais, sob pena de prejuízo do princípio da motivação da administração pública.

Assim, a razoabilidade de exigir-se mais audiências públicas deve estar fundamentada em justificada dúvida científica, a exemplo de uma análise de riscos ou dos impactos do empreendimento em questão. O adimplemento de outras atividades econômicas que escapam o objeto da atividade a ser desempenhada com a outorga do licenciamento não é razoável de ser imposto a atores privados, visto que poderia ser interpretado como um desvio de função. O licenciamento é um procedimento de determinação de risco e incertezas ambientais para atividades potencialmente poluidoras, estas, por sua vez, capazes de trazer crescimento econômico sustentável para o país.

Nesse sentido, torna-se imperativo que o Direito possa se munir da Economia para alcançar, a um só tempo, a proteção do meio ambiente e a eficiência dessa proteção, sem que as órbitas econômicas de interesses privados sejam desconsideradas ou aniquiladas. Sob uma perspectiva científica, a dificuldade de se obter um consenso quanto a metodologias de avaliação de risco não deve se manifestar como obstáculo ao desenvolvimento econômico, o papel do agente regulador ao dispor de sua

normatividade secundária seria, pois, no sentido de determinar segurança jurídica para os procedimentos, evitando, assim, que perigos de baixa probabilidade sejam tratados com excesso de precaução e, por sua vez, de custos.

Portanto, por uma questão de legitimidade democrática, a participação popular nesses processos de avaliação se faz primordial, impondo-se, contudo, as limitações cabíveis para que a mesma não seja utilizada como freio político ao empreendimento, sob pena de pôr em risco a execução do empreendimento e, com isso, os benefícios sociais que com ele caminham.

## Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 237, p. 1-6. jul./set. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 14, p. 1-15, maio/jul. 2008.

BANCO MUNDIAL. **Avaliação de Linha de Base das Propostas de Revisão do Licenciamento Ambiental Federal no Brasil: uma contribuição para o debate**, 2016. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/393851495692726642/baseline-assessment-of-proposals-to-revise-federal-environmental-licensing-in-brazil>. Acesso em 31 de jul. 2024.

BARBOSA, Reinaldo Imbrozio; FEARNside, Philip M. Political Benefits as Barriers to Assessment of Environmental Costs in Brazil's Amazonian Developing Planning: the example of the Jatapu Dam in Roraima. **Environmental Management**. [s.l.], vol. 20, n. 5, p. 615-630, 1996.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento Ambiental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CALUWAERTS, Amanda Loiola. **O Licenciamento ambiental e a fiscalização ambiental: uma análise acerca da competência dos entes federados**. Pará de Minas: Virtualbooks, 2011.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. 1. ed. Barueri: Manole, 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Proposta da indústria para aprimoramento do licenciamento ambiental**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2019/4/proposta-da-industria-para-o-aprimoramento-do-licenciamento-ambiental/>. Acesso em 31 de jul. de 2024.

DA MOTTA, Ronaldo Seroa. **Economia Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental. In: MILARÉ, Edis; LEME MACHADO, Paulo Affonso (Org.). **Doutrinas essenciais. Direito ambiental: tutela do meio ambiente**. vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 125-140.

DE AZEVEDO, Floriano de Marques Neto. A possibilidade de restrição de acesso a bens públicos de uso comum por questões ambientais e urbanísticas. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, vol. 3, n. 13, p. 1375-1390, jan./fev. 2004.

DINIZ, Erick Sobral; MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. Regulação, precaução e mercado: consensualidade público-privada e crescimento econômico sustentável. **Anais da Mostra em Ciência e Tecnologia**. Fortaleza: Even3, 2019. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/mpct2019/150770-regulacao-precaucao-e-mercado--consensualidade-publico-privada-e-crescimento-economico-sustentavel/>. Acesso em 31 de julho de 2024.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. **O Dever Fundamental de Administrar Bem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Oportunidade e conveniência ou oportunismo conveniente? Por uma análise vinculante de políticas públicas. In: DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes (Org.). **Direito e Políticas Públicas: estudos e pesquisas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2017. p. 15-45.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. **Por uma Análise também Econômica do Direito ao Esquecimento**. Rio de Janeiro. 2019. 398f. Tese (Doutorado) – Programa de Doutorado em Direito, Instituições e Negócios, Universidade Federal Fluminense.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

INSTITUTO ACENDE BRASIL. **Custos Socioambientais: tendências, ferramentas e responsabilidade**. São Paulo. 19. ed. dez. 2017. Disponível em: [https://acendebrasil.com.br/wp-content/uploads/2020/04/2017\\_WhitePaper\\_19\\_CustosSocioambientais.pdf](https://acendebrasil.com.br/wp-content/uploads/2020/04/2017_WhitePaper_19_CustosSocioambientais.pdf). Acesso em 31 de jul. 2024.

INSTITUTO ACENDE BRASIL. **Licenciamento Ambiental: equilíbrio entre precaução e eficiência**. São Paulo. 21. ed. nov. 2018. Disponível em: [https://acendebrasil.com.br/wp-content/uploads/2019/04/WP21\\_WEB.pdf](https://acendebrasil.com.br/wp-content/uploads/2019/04/WP21_WEB.pdf). Acesso em 31 de jul. 2024.

JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade de controle**. 1. ed. São Paulo: Malheiros SBDP, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Gasting; Elisete Paes e Lima. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIGOU, A. **The Economics of Welfare**. Londres: Macmillan, 1920.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm (Org.). **Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 1. ed. Indaiatuba -SP: Foco, 2019. P. 179-198.

PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Uma Análise também Econômica do Direito de Propriedade. **Economic Analysis of Law Review**, s.l., vol. 7, p. 207-232, 2016.

PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Teoria da Perda de uma Chance e a Microeconomia. **Economic Analysis of Law Review**, s.l., vol. 1, p. 202-225, 2018.

RANDALL, Alan. **Risk and precaution**. Nova York: Cambridge University Press, 2011.

REVESZ, Richard L. **Foundations of Environmental Law and Policy**. New York: Oxford University Press. 1997.

SALES, Claudio J. D.; UHLIG, Alexandre. Muito além do licenciamento ambiental. **Jornal o Estado de São Paulo**. São Paulo. 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://acendebrasil.com.br/artigo/muito-alem-do-licenciamento-ambiental/>. Acesso em 31 de julho de 2024.

SALES, Claudio J. D.; UHLIG, Alexandre. Licenciamento Ambiental e o custo da ineficiência. **Jornal o Estado de São Paulo**. São Paulo. 30 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://acendebrasil.com.br/artigo/licenciamento-e-o-custo-da-inefici-ncia/>. Acesso em 31 de julho de 2024.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; MEDEIROS, Bianca Borges Pavão. Licenciamento Ambiental de Empreendimentos de mineração no Brasil: um estudo de caso sobre o licenciamento da barragem do fundão. In: FALCÃO, Joaquim; MARISTRELLO, Antônio José Porto; FRANCO, Paulo Augusto de Alcântara (Org.). **Depois da lama: Mariana e as consequências de um desastre construído**. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O poder de polícia é discricionário? In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.) **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27-46.

SOUZA, Juliano de Albuquerque Maranhão. A revisão judicial das decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. **The University of Chicago Law Review**, Chicago. vol. 57, n. 2, p. 443-479. 1990.

SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.